

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género : especial consideración a las dificultades aplicativas

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Francisco Javier Paíno Rodríguez

Directora

Ana Isabel Silva Nicolás

Madrid, 2014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



*ASPECTOS PROBLEMATICOS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA
DOMESTICA Y DE GENERO; ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS
DIFICULTADES APLICATIVAS*

TESIS DOCTORAL

Presentada por: D. Francisco Javier Paíno Rodríguez

Dirigida por: Dra. Dña. Ana Isabel Silva Nicolás

Madrid - 2013

Tesis, que para obtener el título de Doctor en Derecho,
presenta D. Francisco Javier Paíno Rodríguez, bajo la
dirección de la Dra. Dña. Ana Isabel Silva Nicolás

Madrid, 2014

A la memoria de mi madre

ABREVIATURAS

a.C	antes de Cristo
art.	Artículo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Cap.	Capítulo
CE	Constitución española
Cfr.	Confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal
Coord./s	Coordinador/es
d.C.	después de Cristo
Dir./s	Director/es
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial
ed.	edición
etc.	etcétera
Fasc.	Fascículo
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal

L.O.	Ley Orgánica
L.O.P.I.C.V.G.	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
Nº	Número
ob. cit.	Obra citada
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización Naciones Unidas
p./pág/s.	Página/s
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
trad.	Traducción
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UCM Universidad Complutense de Madrid

UE Unión Europea

INDICE

<u>1-Cuestiones previas y planteamiento del problema</u>	pág. 21
<u>2-Definiciones y contenido de la violencia en el ámbito familiar. El Bien Jurídico protegido</u>	pág. 29
2-1 Concepto de familia. ¿Familia formal o familia material? La necesidad de conceptualizar la familia desde un punto de vista jurídico-penal.	pág. 29
2-2 El bien jurídico ¿Existe un único bien jurídico protegido en los delitos de violencia intrafamiliar?	pág. 57
2-3 Violencia de género. Sobre la diferencia entre género y sexo, y el redescubrimiento del concepto más allá de la mujer.	pág. 80
2-4 Tipos de violencia de género. Características y elementos diferenciales entre las diversas formas de violencia de género.	pág. 102
2-4-1-violencia contra la mujer	pág. 105
2-4-2-violencia contra el hombre	pág. 110
2-4-3-violencia contra transexuales y hermafroditas. El tercer género. La violencia contra la homosexualidad como forma de violencia de género.	pág. 111
2-5 Otros tipos de violencia en el ámbito familiar. La violencia ocasional según los sujetos sobre los que se ejerce.	pág. 113
2-5-1-violencia conyugal no de género	pág. 114
2-5-2-violencia contra hijos menores de edad por parte de custodios o cuidadores.	pág. 118
2-5-3-violencia contra menores de edad por no los no custodios o cuidadores	pág. 119
2-5-4-violencia indirecta contra los menores	pág. 121

2-5-5-violencia contra los ancianos dependientes o personas especialmente vulnerables -----	pág. 124
2-5-6- violencia entre otros miembros del núcleo familiar (herman@s, yernos, nueras, suegro@s, cuñad@s, prim@s y otr@s familiares por vínculos consanguíneos o legales) -----	pág. 128
2-5-7-violencia de toxicómanos hacia otros miembros del ámbito familiar -----	pág. 129
2-6 Violencia habitual intrafamiliar y de género -----	pág. 132
2-6-1-Violencia habitual contra un único miembro del núcleo familiar -----	pág. 134
2-6-2-Violencia habitual contra diferentes miembros del núcleo familiar -----	pág. 140
<u>3-Cuestiones criminológicas en el modo de producción de la violencia de género -----</u>	
-----	pág. 143
3-1 El agresor o victimario. un acercamiento criminológico-----	
-----	pág. 144
3-2 Un acercamiento criminológico a la víctima del delito -----	pág. 150
3-3 Ciclo de la Violencia de Género; las fases del sometimiento -----	pág. 158
3-4 Rueda del Poder o Rueda de la Violencia de Género. Metodología para destruir a una persona lentamente -----	pág. 161
3-5 Fases por los que atraviesa la víctima de violencia de género e intervención con la misma -----	pág. 167
3-6 El agresor en la violencia de género. Características de un agresor que carece de perfil criminológico -----	pág. 173

4-La respuesta penal. Análisis de los tipos penales. La punibilidad como forma legalmente prevista para la resolución de los conflictos intrafamiliares y su fracaso. --

-----pág. 183

4-1 Art. 153 del Código Penal. El delito de maltrato y lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico. -----pág. 185

4-1-1 Art. 153-1 del C.P. Cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor -----pág. 185

4-1-1-1-Sujetos. Las personas especialmente vulnerables; la presunción iuris et de iure de la mujer como persona especialmente vulnerable. -----pág. 186

4-1-1-2-Bien jurídico; la pluriofensividad y la paz familiar --pág. 195

4-1-1-3-Conducta; La problemática del menoscabo psíquico no definido como delito -----pág. 197

4-1-1-4-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo ----pág. 198

4-1-1-5-Participación -----pág. 207

4-1-1-6-Consentimiento; problemática de las relaciones sexuales sadomasoquistas -----pág. 207

4-1-1-7- Alcoholismo del sujeto activo: los intentos de convertir una eximente/atenuante en una agravante -----pág. 212

4-1-1-8-Penalidad -----pág. 213

4-1-1-9-Concursos -----pág. 223

4-1-1-10-Constitucionalidad: la decepción de las resoluciones del Tribunal Constitucional -----pág. 224

<i>4-1-2 Art. 153-2 en relación al 153-1 CP. El maltrato ocasional respecto de los otros integrantes del ámbito familiar</i> -----	pág. 234
4-1-2-1-Sujetos -----	pág. 235
4-1-2-2-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo ---- -----	pág. 241
4-1-2-3-El Derecho de Corrección: Concepto y límites en la aplicación de este derecho en la educación de los menores -----	pág. 242
4-1-2-4-Penalidad; especial atención a la obligatoriedad y automatismo de la pena de alejamiento -----	pág. 250
4-1-2-5- Bien Jurídico, conducta, consentimiento y concursos; remisión a otros apartados y especialidades en su caso -----	pág. 252
<i>4-1-3 Art. 153-3 en relación al art. 153-1 y 2 CP. Las cualificaciones por razón de:</i> -----	pág. 252
4-1-3-1-en presencia de menores -----	pág. 253
4-1-3-2-utilizando armas -----	pág. 257
4-1-3-3-en domicilio común o de la víctima -----	pág. 258
4-1-3-4-quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad. Especial problemática de la participación de la víctima y del uso de pulseras electrónicas -----	pág. 261
<i>4-1-4 Art. 153-4 en relación al art. 153-1, 2 y 3 CP. Tipo privilegiado de maltrato</i> -----	pág. 269
4-2 Art. 148-4 y 5 CP. El delito de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor -----	pág. 270
<i>4-2-1 Art. 148-4 y 5 CP.</i> -----	pág. 270

4-2-1-1-Sujetos; especialidades respecto al tipo de lesiones sin tratamiento o maltrato -----	pág. 270
4-2-1-2-Conducta -----	pág. 275
4-2-1-3- Consentimiento -----	pág. 276
4-2-1-4-Penalidad; especiales referencias a la ausencia de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y al término “podrán imponer” -----	pág. 276
4-2-1-5- Bien jurídico, tipo subjetivo y concursos. Remisión a otros apartados y especialidades -----	pág. 278
4-3 Art. 171- 4 CP de amenazas leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor, y art. 171- 5 CP de amenazas leves con armas respecto y falta de amenazas leves sin armas del art. 620-2 inciso final para el resto de integrantes del núcleo familiar ---	pág. 279
<i>4-3-1 Art- 171- 4 CP. de amenazas leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor -----</i>	<i>pág. 279</i>
4-3-1-1-Sujetos, bien jurídico, tipo subjetivo y penalidad. Remisión a otros apartados -----	pág. 282
4-3-1-2-Conducta -----	pág. 283
4-3-1-3-Concursos -----	pág. 286
4-3-1-4-Constitucionalidad -----	pág. 288
<i>4-3-2 Art- 171-5 párrafo primero CP. de amenazas leves con armas respecto al resto de integrantes del ámbito familiar -----</i>	<i>pág. 292</i>
4-3-2-1- Sujetos, bien jurídico, conducta y concursos; remisión a otros apartados y especialidades -----	pág. 292

4-3-2-2-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo ----	
-----	pág. 293
4-3-2-3-Penalidad; problemática en cuanto a la posible mayor	
penalidad de las amenazas leves que las amenazas graves -----	pág. 295
4-3-3 Art. 171-5 párrafo segundo CP. Tipos cualificados por razón de. -----	
-----	pág. 296
4-3-3-1-en presencia de menores -----	pág. 296
4-3-3-2-utilizando armas -----	pág. 297
4-3-3-3-en domicilio común o de la víctima -----	pág. 297
4-3-3-4-quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad -----	
-----	pág. 298
4-3-4 Art. 171-6 CP. Tipo privilegiado. El frustrado intento de salvaguardar el	
principio de proporcionalidad -----	pág. 298
4-3-5 Falta de amenazas del art. 620-2 inciso final CP. respecto al resto de	
integrantes del ámbito familiar. -----	pág. 300
4-3-5-1-Sujetos, bien jurídico y tipo subjetivo -----	pág. 300
4-3-5-2-Conducta -----	pág. 301
4-3-5-3-Concursos -----	pág. 301
4-3-5-4-Penalidad -----	pág. 302
4-4 Art. 172-2 CP de coacciones leves cuando la víctima es o ha sido esposa	
del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor y	
falta de coacciones del art. 620-2 inciso final CP respecto al resto de integrantes del	
ámbito familiar -----	pág. 302

4-4-1 Art. 172-2 párrafos primero y segundo C.P. de coacciones leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor -----	pág. 302
4-4-1-1-Sujetos, bien jurídico, tipo subjetivo y penalidad ----	pág. 303
4-4-1-2-Conducta; especial referencia al acoso -----	pág. 305
4-4-1-3-Concursos -----	pág. 308
4-4-1-4-Constitucionalidad -----	pág. 310
4-4-2 Art 172-2 párrafo tercero CP. Tipo cualificado por razón de: --	pág. 315
4-4-2-1-en presencia de menores -----	pág. 315
4-4-2-2-utilizando armas -----	pág. 316
4-4-2-3-en domicilio común o de la víctima -----	pág. 316
4-4-2-4-quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad -----	
-----	pág. 317
4-4-3 Art. 172-2 párrafo cuarto CP. Tipo privilegiado -----	pág. 317
4-4-4 Falta de coacciones del art. 620-2 inciso final CP respecto al resto de integrantes del ámbito familiar -----	pág. 318
4-4-4-1-Sujetos -----	pág. 319
4-4-4-2-Conducta -----	pág. 319
4-4-4-3-Bien jurídico y concursos -----	pág. 320
4-4-4-4-Penalidad -----	pág. 320
4-5 Art. 620- 2 CP de vejaciones injustas e injurias en el ámbito familiar -----	
-----	pág. 321
4-5-1 Falta de vejaciones injustas e injurias del art. 620-2 inciso final CP. ----	
-----	pág. 321
4-5-1-1-Sujetos -----	pág. 321

4-5-1-2-Bien jurídico -----	pág. 321
4-5-1-3-Conducta -----	pág. 322
4-5-1-4-Concursos -----	pág. 322
4-5-1-5-Penalidad -----	pág. 323
4-6 Violencia habitual en el ámbito familiar -----	pág. 323
<i>4-6-1 Art. 173-2 y 3 CP de violencia habitual en el ámbito familiar: -----</i>	<i>-----</i>
-----	pág. 323
4-6-1-1-Sujetos y bien jurídico -----	pág. 326
4-6-1-2-Conducta. La violencia psíquica. Especial referencia a la concepción de la violencia habitual como tipo autónomo o como tipo agravada, y a la punición de los actos concretos de violencia -----	pág. 326
4-6-1-3-Tipo subjetivo; el elemento de dominación o machismo -----	-----
-----	pág. 337
4-6-1-4-Habitualidad. Concepto de habitualidad y diferencias con los conceptos de reo habitual y de reincidencia -----	pág. 337
4-6-1-5- Consentimiento; especial consideración a la problemática de las relaciones sexuales sadomasoquistas -----	pág. 344
4-6-1-6- Alcoholismo del sujeto activo -----	pág. 345
4-6-1-7-Concursos -----	pág. 348
4-6-1-8-Penalidad -----	pág. 351
4-6-1-9-En presencia de menores -----	pág. 352
4-6-1-10-Utilizando armas, en domicilio común o de la víctima y quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad -----	pág. 353

<u>5- Propuesta legislativa de lege ferenda. Hacia una regulación penal protectora de la familia y del género global, basada en el acto y no en la pertenencia de los sujetos a un concreto género</u>	pág. 355
5-1 Delitos de maltrato y de lesiones	pág. 357
5-1-1 <i>Delitos de maltrato y de lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico</i>	pág. 357
5-1-2 <i>Delitos de de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico</i>	pág. 362
5-2 Delitos contra la libertad I. Amenazas	pág. 365
5-3 Delitos contra la libertad II. Coacciones	pág. 371
5-4 Delitos contra la libertad III. Acoso familiar	pág. 373
5-5 Delitos de violencia habitual	pág. 376
5-6 Delitos contra el honor	pág. 377
<u>6-La ejecución de la pena. ¿Cumplimiento de los fines que tiene asignados o incremento de los problemas estructurales que han originado la comisión del acto violento?</u>	pág. 379
6-1 La Suspensión de la pena. La condición obligatoria de alejamiento ¿forma de protección a la víctima o forma de agravamiento de la desestructuración familiar?	pág. 379
6-2 Incumplimiento de las condiciones de la suspensión de la pena de delito de Violencia de Género	pág. 390
6-3 La Sustitución de la pena y el incumplimiento de la pena sustitutiva	pág. 394
<u>7-Otras medidas legales penales y extrapenales de protección de las víctimas de violencia en el ámbito familiar</u>	pág. 397

7-1 La Orden de Protección y la Medida Cautelar de Alejamiento ----	pág. 398
7-1-1-Medidas penales. Referencia a la prisión y a la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima. Los dispositivos electrónicos de control. El consentimiento de la víctima para la aproximación -----	pág. 400
7-1-2-Medidas Civiles. Su uso como vía rápida para obtener medidas en casos de ruptura matrimonial. Falta de prueba y consecuencias. La falta de interposición de la demanda civil. Problemas de adopción y cumplimiento de las medidas ----	pág. 412
7-2 Medidas de Asistencia y Protección Social. La denuncia como medio de acceso a las mismas y los problemas que ello plantea -----	pág. 424
7-3 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La innecesariedad de unos Juzgados que no requieren especialización. Problemas que su existencia origina y especial referencia al incremento de la victimización secundaria -----	pág. 428
7-4 La Mediación Penal. Concepto, requisitos y finalidad. La imposibilidad de aplicación en los delitos de violencia de género. Críticas y consecuencias ----	pág. 440
8- <u>Excursus, problemas de la relación conyugal en las declaraciones judiciales durante la instrucción y en el acto de la vista oral. Los vaivenes judiciales y los problemas de inseguridad jurídica</u> -----	pág. 457
-CONCLUSIONES -----	pág. 471
-RESUMEN -----	pág. 487
-ABSTRACT -----	pág. 493
-LEGISLACION -----	pág. 499
-JURISPRUDENCIA -----	pág. 501
-BIBLIOGRAFIA -----	pág. 517
-BIBLIOGRAFIA MÁS IMPORTANTE -----	pág. 571

1-Cuestiones previas y planteamiento del problema

Es objetivo de esta tesis analizar los problemas que la actual legislación sobre la violencia doméstica y la violencia de género presentan actualmente, tanto desde su concepción como en la aplicación práctica de la misma ante los juzgados y tribunales. Y ello, porque hemos tenido un intenso contacto directo de la ley y su aplicación en el ámbito jurídico y social por los conocimientos adquiridos tras más de doce años de postulación como abogado penalista adscrito a la práctica totalidad de los Turnos de Oficio y Asistencia Jurídica Gratuita, y otros casi ocho años como Abogado Fiscal Sustituto, realizando labores casi mensuales de guardia (guardias de duración semanal) ante los Juzgados tanto de Instrucción como de Violencia sobre la Mujer, con asignación de reparto de bloques de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer (tanto de penal como de civil), así como bloque de Ejecutorias Penales (incluidas las provenientes de violencia doméstica y de género). Al desempeño de dichos trabajos se ha tratado además de aplicar los conocimientos adquiridos como licenciado en Criminología.

De hecho, partes importantes del presente trabajo (como son los análisis criminológicos, los relativos a las ordenes de protección, Juzgados de Violencia sobre la Mujer,...) derivan de dichos conocimientos, y del enfrentamiento diario con la problemática que suscita la presente Ley 1/2004 y su inadecuación a las exigencias de la realidad social en dicha materia.

Actualmente existe una tendencia en todos los ámbitos sociales y judiciales, bien por desconocimiento bien por comodidad, a confundir entre sí las diferentes

modalidades que pueden encuadrarse dentro del genérico nombre de “violencia en el ámbito familiar”, y que de facto es a veces denominada no ya en el uso cotidiano, sino en el judicial (tanto por abogados y Fiscales como por Jueces), como violencia contra la mujer o como violencia de género¹. Y de forma mucho más frecuente se produce también tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial la equiparación entre sí de estos dos términos (violencia de género y violencia contra la mujer), que ha dado lugar sobre todo en el ámbito judicial a la distinción dentro de la violencia en el ámbito familiar entre la denominadas violencia de género y violencia no de género, equiparando por tanto la primera a la violencia contra la mujer cometida por el marido, pareja o figura análoga.

A ello ha contribuido sin duda la nefasta regulación legal que ha distinguido – penológicamente sobre todo– entre la violencia cometida contra la mujer por su marido/pareja y la violencia cometida contra otros miembros del ámbito familiar. Para agravar más el problema y contribuir a una mayor confusión, dentro del ámbito de los delitos de violencia contra la mujer no se distingue por el legislador ni se establecen pautas para ello, de cuando nos encontramos dentro de un ilícito penal referido a violencia de género y cuando no², no distinguiéndose ni reconociéndose jurídicamente

¹ Gómez Villora, José María en “Protocolo sobre violencia de género y tutela judicial” en V.V.A.A. *Protocolos sobre Violencia de Género*, Coord. Jose María Gómez Villora, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 17, afirma la confusión entre “la llamada violencia doméstica y la violencia de género”. También afirman la necesidad de delimitar conceptualmente los tipos de violencia ante la confusión existente Lameiras Fernández, María, Carrera Fernández, María Victoria y Rodríguez de Castro, Yolanda en “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 118.

² Queralt Jiménez, Juan J. en “Derecho penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 132 manifiesta “La expresión **violencia de género** es un barbarismo, pero se ha consolidado entre nosotros para indicar la violencia contra las mujeres por ser la parte más débil de una relación sentimental con un hombre.”

tampoco dentro de los delitos cometidos contra otros sujetos pasivos diferentes a la mujer de cuando nos encontramos ante un delito de violencia de género y cuando no.

Por todo ello, y a priori³, parece desprenderse del Código Penal que el legislador ha querido considerar la violencia contra la mujer que es ó fue esposa o pareja del agresor masculino como violencia de género, y por tanto, en estos supuestos nos encontramos *siempre* ante una conducta agravada penológica y procesalmente (especialmente grave en el supuesto de amenazas y coacciones leves que supone la tipificación de la conducta como delito y no como falta) frente al resto de conductas encuadrables dentro de la violencia en el ámbito familiar.

También parece desprenderse que el legislador no contempla a priori la existencia de violencia de género cometida contra el hombre o contra el *tercer sexo* (hermafroditas, transexuales), aunque aquí siempre cabe la aplicación de la agravante genérica del art. 22-4 del Código Penal de cometer el delito con motivo de discriminación referente a su sexo⁴.

³ Si bien jueces y tribunales de forma habitual están equiparando toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas como violencia de género en una interpretación literal de los tipos penales, caben otras interpretaciones más acordes con una distinción entre violencia de género y violencia contra la mujer

⁴ A estos efectos, hay que tener en cuenta que la aplicación de la agravante genérica no resuelve el quebranto del principio de igualdad respecto de los delitos cometidos contra la mujer por su marido/pareja, especialmente respecto de las amenazas leves, puesto que las mismas seguirán teniendo la consideración de faltas aun contemplando la agravante, -y que en virtud del art. 638 del Código Penal no supondrá necesariamente la agravación de la pena- mientras que la amenaza leve contra la mujer por parte de su pareja se contempla ya expresamente como delito con hasta un año de prisión, sin necesidad que se acredite la concurrencia de discriminación referente a su sexo, es decir, que nos encontramos siempre ante un delito de violencia de género por decisión del legislador

De esta manera, nos resulta difícil imaginar como una legislación confusa que no distingue, concreta, o diferencia entre los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar, puede dar respuestas válidas y soluciones adecuadas a la realidad social y criminal realmente existente. No podemos olvidar que no nos encontramos meramente ante unos artículos contemplados en el Código Penal, sino que el legislador ha dictado en la Ley Orgánica 1/2004, 28-12 de Protección Integral contra la Violencia de Género todo un dispositivo de normas penales, civiles, laborales, administrativas y de alcance social que pretende dar una respuesta global⁵ a la problemática expuesta, pero que ya en su propia nomenclatura y por supuesto, en su contenido, crea confusión.

A estos efectos, el propio título de la Ley (Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) parece referirse a un único tipo de violencia, la violencia de género, nuevamente sin especificar si lo es contra la mujer, contra el hombre, o contra ambas⁶. Pero al analizar el contenido de dicha ley, se observa que ésta va más allá de cualquier tipo de violencia de género, contemplando la violencia contra otros miembros del núcleo familiar que no podrían en ningún caso encuadrarse dentro de la violencia de género⁷.

⁵ Como manifiesta López Precioso, Magdalena en “Medidas de sensibilización en el ámbito social” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005, pág. 228, “la complejidad de la violencia de género nos permite afirmar que ningún sistema podrá por sí mismo atajar este fenómeno, de modo que la Ley debe ser evaluada de forma transversal, analizando cada sistema implicado y las interrelaciones entre ellos”.

⁶ En opinión de Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en “Derecho Penal Parte Especial” 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010 pág. 114, “la referencia que se hace en la ley a *género*, incluye tanto al hombre como a la mujer; el género es masculino o femenino.”

⁷ En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 491.

Se hace necesario, por tanto, una legislación que contemple una visión global de los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar, y que desde el análisis de cada una de las diferentes realidades que dan lugar a los mismos, se ofrezcan respuestas penales, civiles, administrativas, laborales y sociales adecuadas a éstas, sin estereotipar toda conducta contra la mujer por parte de la pareja –hombre como violencia de género; sin excluir a priori la posibilidad de otras conductas como violencia de género; adecuando tanto las respuestas sociales y civiles como las sanciones penales al principio de proporcionalidad y ateniéndose a la gravedad del hecho y a la especial desprotección de la víctima individualmente considerada⁸, y no por la condición sexual de los sujetos activo y pasivo aunque no exista una posición de desigualdad o desprotección entre ambos, o incluso aunque existiendo éstas se encuentren invertidas⁹.

Para ello es necesario determinar y concretar cuáles son los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar, y que podríamos resumir en los siguientes:

- violencia de género contra la mujer
- violencia de género contra el hombre
- violencia de género contra miembro familiar por su condición de homosexual, hermafrodita o transexual
- violencia conyugal no de género

⁸ El especial desvalimiento que supone la ancianidad, la minoría de edad, la dependencia económica, física o de cualquier naturaleza, u otras situaciones que se analizarán posteriormente y que suponen una posición de prevalencia del sujeto activo frente al sujeto pasivo

⁹ Por ejemplo, supuestos de dependencia económica, social o cultural del sujeto activo frente al sujeto pasivo, o de inferioridad física o de otra naturaleza

- violencia contra los menores por sus custodios o cuidadores
- violencia contra los menores por familiares no custodios
- violencia indirecta contra los menores
- violencia contra ancianos dependientes o especialmente vulnerables
- violencia contra otros miembros del ámbito familiar
- Violencia cometida por toxicómanos
- violencia habitual contra un único miembro del ámbito familiar
- violencia habitual contra diferentes miembros del ámbito familiar
- violencia sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guarda o custodia por parte de sus cuidadores

Diferenciar las distintas clases de violencia que existen en el ámbito intrafamiliar y comprender los mecanismos de cómo ésta se desarrolla, nos permitirá adecuar la ley para dar una respuesta más eficaz, proporcional y ajustada a la realidad social a la que está dirigida. De otro modo, las propuestas legales que se redacten carecerán de una eficacia real para dar respuesta a la realidad social de la violencia intrafamiliar por cuanto resulta imposible “sanar” una herida que no se ve, de la que se obvian sus síntomas y no se ahonda en su etiología. Solo desde el conocimiento pueden aplicarse medidas para atajar la violencia que carcome uno de los principales baluartes en los que se asienta nuestra sociedad¹⁰. Como manifiesta Stangeland¹¹ “el

¹⁰ F. Aebi, Marcel en “Familia disociada y delincuencia: el caso suizo en los años 1990” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-08, en Dialnet el 30-04-2013, pág. 2, dice que **“La familia es considerada el principal agente de socialización puesto que, por regla general, el individuo convive con sus padres durante los primeros años de vida y, en consecuencia, recibe de ellos su educación elemental. Dada la importancia de esta primera formación, podemos decir que la influencia familiar suele hacerse sentir, con mayor o menor intensidad, durante toda la vida del ser humano.** Por este motivo se ha afirmado que la familia es “la institución esencial a través de la cual se asegura la reproducción de las relaciones sociales” (Ferreol & Noreck, 1993: 98). No resulta entonces sorprendente que, a lo largo de la historia, pensadores como Platón, San Pablo, Santo Tomás de Aquino, Marx y

Código Penal se suele descarrilar cuando pretende condenar por lo que puede ocurrir en el futuro en vez de evaluar la gravedad de lo que ha pasado. Mi tesis es que el debate sobre la violencia de género en España ha causado una alarma social exagerada y una represión penal que no contribuye a solucionar el problema. La política para «erradicar los malos tratos» se ha dejado llevar por los medios de comunicación, por posturas que son políticamente correctas pero sin realizar un estudio exhaustivo sobre el problema. Dado que no se conocen bien las causas, las medidas aprobadas tampoco aciertan”.

Engels entre otros, hayan insistido en la necesidad de controlar a la familia para asegurar la supervivencia de sus respectivos modelos de sociedad.”

¹¹ Stangeland, Per en “Malos tratos y homicidios en la pareja”, Revista de Derecho Penal y Criminología nº 15, 2005, pág. 257 y 258.

2-Definiciones y contenido de la violencia en el ámbito familiar. El Bien Jurídico protegido

2-1 Concepto de familia. ¿Familia formal o familia material? La necesidad de conceptualizar la familia desde un punto de vista jurídico-penal

Una primera aproximación nos permitiría definir la violencia en el ámbito familiar como cualquier conducta vejatoria, discriminatoria, violenta, amenazante, coercitiva o coactiva dirigida contra cualquier miembro integrante de una familia, realizado por otro de los miembros integrantes de esa misma familia. De ello se desprende que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo forman parte de un núcleo de personas estrechamente relacionadas entre sí por su pertenencia a la mínima pero más importante expresión social en la que se desenvuelve el individuo: la familia¹². La familia será por tanto el primer concepto a definir¹³.

¹² En este sentido Castro Lemus, Nuria en “Análisis de los contextos estructurales que afectan a la Educación Física e inciden en la construcción de género”, en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 123; “La familia también resulta un contexto importante en la transmisión de estereotipos sexistas ya que el entorno familiar es la primera instancia de socialización del niño o la niña y esto hace que lleguen a clase con claras diferencias de rendimiento, conductas, etc. Tal y como dicen Colás y De Pablos (2003) la familia es la principal transmisora de la cultura, de las normas y patrones sociales de género que rigen la sociedad de la que forma parte. Los modelos educativos que aportan los progenitores, los valores que se imbuyen en el contexto familiar, los roles que se asumen en función del sexo y las relaciones familiares que se establecen, basadas en las expectativas y exigencias atribuibles al género, son parcelas importantes que afectan y configuran la construcción de la identidad de las personas.”

¹³ La R.A.E. define familia como “1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.3. f. Hijos o descendencia.4. f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común. *Toda la familia socialista aplaudió el discurso*.5. f. Conjunto de objetos que presentan características comunes.6. f. Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa.7. f. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella.8. f. coloq. Grupo numeroso de personas.”

Hemos de empezar mencionando que la familia como tal no es una creación del Derecho Positivo ni una ficción jurídica, sino que como señala Lasarte Álvarez¹⁴, es indudable “que el grupo familiar, más o menos amplio y autosuficiente, constituye sin duda un dato prenормativo, pues las personas y sus descendientes consanguíneos no requirieron en ningún momento la estructuración precia del derecho de familia para constituir, en efecto, un grupo social al que tradicionalmente se le ha dado el nombre de familia. Siendo un *prius* respecto del derecho, ni que decir tiene que la familia es ante todo una *institución social* que, en cuanto objeto de regulación jurídica, deviene institución asimismo jurídica.”¹⁵

Ya desde un punto de vista sociológico la definición de familia plantea problemas. Como manifiesta Carmen Valdivia Sánchez¹⁶, “la complejidad de las familias en las sociedades occidentales es tal, que se hace difícil llegar a una definición que recoja la variedad de modelos. Las definiciones como las de la RALE: ‘grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas’ o ‘conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje’, no reflejan su complejidad. Tampoco se clarifica desde otros conceptos más específicos. Demográficamente: ‘Unidad estadística compleja de naturaleza económico-social, constituida por el conjunto de individuos que comparten habitualmente una vivienda y efectúan sus comidas en común’. Bilbao A. (2002) catalogó más de 56 formas de ser familia, lo que evidencia la dificultad para

¹⁴ Lasarte Álvarez, Carlos en “Principios básicos del actual Derecho de Familia español” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 22.

¹⁵ En este sentido, señala a la familia como medio de control social Predreira González, Félix María en Prólogo a Pineda-Guillermo, Azucena en “Violencia intrafamiliar. El tipo penal”, Poder Judicial del estado de Guerrero, 2012, pág. 21.

¹⁶ Valdivia Sánchez, Carmen en “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, La Revue du Redif, Vol. 1, 2008, disponible en Dialnet el 7-05-2013, pág. 16

recogerlas en una definición. La de Levi-Strauss (1949), resulta restrictiva. Le atribuía tres características: a) 'Su origen en el matrimonio' b) Su composición; el marido, la esposa e hijos nacidos en el matrimonio, aunque pudiera incluir otros ascendientes y colaterales.' c) 'y unos vínculos: legales, derechos y obligaciones de tipo económico y religioso. Derechos y prohibiciones sexuales, y vínculos emocionales: el amor, afecto, respeto etc.'.

Otras dadas desde la Psicología o Antropología pecan de excesiva laxitud al no marcar límites. Beltrán Llera y Bueno Álvarez¹⁷ sostienen que la familia no es "sino una elaboración, un término cuyo contenido varía con el tiempo y la cultura de los pueblos" y glosando las diferentes definiciones que se han dado de familia, bien como unidad social básica, como grupo primario o como unidad de interacción, que en todo caso dan lugar a multitud de modelos de familia, siendo los más habituales el modelo de familia nuclear, y el modelo de familia extensa. Todo ello sin establecer un concepto claro de familia.

Roche Olivar¹⁸ se hace eco de la definición de familia de Burgess y Locke como "una unidad de personas en interacción, relacionadas por vínculos de matrimonio, nacimiento o adopción cuyo objetivo central es crear y mantener una cultura común que promueva el desarrollo físico, mental, emocional y social de cada uno de sus miembros". Huenchuán y Guzmán¹⁹ ven la familia desde dos opciones diferentes; "la

¹⁷ Beltrán Llera, Jesús y Bueno Álvarez, Antonio en "Psicología de la Educación", Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona 1995, pág. 603 a 606.

¹⁸ Roche Olivar, Roberto en "Psicología de la pareja y de la familia: análisis y optimización", Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 2006, pág. 10.

¹⁹ Huenchuán, Sandra y Guzmán, José Miguel en V.V.A.A. "Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales", Editora Irma Arriaga, Naciones Unidas 2005, pag. 210.

familia como una unidad de personas en interacción” (tanto de interacción social como de interacción entre las diferentes personas que la componen) y “la familia como una unidad de alternación vital”. Para Bofarull y Gas²⁰, la familia influye en el individuo desde que nace a nivel vital, proporcionando lo necesario para la satisfacción de necesidades vitales, ejerce la socialización primaria, y a nivel de formación de su identidad”. Iria Malde Modino a su vez define la familia “como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia. Desde que nacemos, la familia se constituye como el principal grupo de apoyo y de sostenimiento. Se comienza con la conducta de apego, nada más nacer, y se termina con la posibilidad que nos brinda la familia de acceder a los recursos que nos ofrece la sociedad²¹.”

Desde el punto de vista de la Criminología no se ha ofrecido un concepto de familia, pero si se ha analizado la importancia de la familia en el individuo, y su influencia en el individuo delincuente. En este sentido, Garrido, Stangeland y Redondo²² señalan la importancia del afecto familiar, la dedicación de los padres o adultos que dedican a los menores, la sensación de pertenencia a una familia, y la

²⁰ De Bofarull, Ignasi y Gas, Montserrat en “El nucleo familiar como entorno de fenómenos violentos” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010, pág. 20 y ss.

²¹ Malde Modino, Iria en “Qué es la familia. Definición e implicaciones del concepto”, Psicología OnLine, disponible en www.pisologíaonline el 7-05-2013, pág. 1

²² Garrido, Vicente; Stangeland, Per; y Redondo, Santiago en “Principios de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 312 y ss.

adecuada y coherente supervisión paterna, exponiendo que “la familia es el más importante de cuantos sistemas ejercen influencia en los niños y su conducta”. Por su parte, Wael Hikal se refiere a la familia esencialmente como transmisor de elementos genéticos de comportamiento y como medio ambiental de aprendizaje del individuo²³, estableciendo como “las relaciones dentro del grupo familiar son más frecuentes, íntimas, profundas”²⁴ y definiendo la familia en concepto amplia como “todos los miembros descendientes de alguien mayor”²⁵. Silva Rodríguez se refiere a la familia como un ente estructurado en el que el menor desarrolla su proceso de aprendizaje, en el que los miembros interactúan y que para el análisis del comportamiento de los miembros menores es preciso observar la estructura interna familiar y el lugar que se ocupa en la misma²⁶. Para F. Aebi, la familia es tanto una forma de control social (teoría de los vínculos sociales), una “unidad sociológica que debe ayudar a sus miembros a ubicarse en unidades socioeconómicas y culturales más amplias” (teorías estructuralistas) y “la encargada de transmitir al individuo una serie de valores favorables al respecto de la ley” (teorías de la asociación diferencial)²⁷. Tocaven señala como elementos clave de la familia idónea para el desarrollo del hombre el amor, la autoridad y el buen ejemplo²⁸.

²³ Hikal, Wael en “Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo”, Flores Editor y Distribuidor, México 2005, pág. 28 y ss.

²⁴ Hikal, Wael en “Introducción a la Criminología” Editorial Jurídica, 1ª Edición 2010, Flores Editor y Distribuidor, México 2005, pág. 185

²⁵ Hikal, Wael en “Glosario de Criminología y Criminalística”, Flores Editor y Distribuidor, México 2011, Flores Editor y Distribuidor, México 2005, pág. 241

²⁶ Silva Rodríguez, Arturo en “Criminología y conducta antisocial”, Editorial Pax, 1ª reimpresión 2004, pág. 139.

²⁷ Aebi, Marcelo F. en “Temas de Criminología”, Editorial Dykinson, Madrid 2008, pág. 23 y 24

²⁸ Tocavén, Roberto en “Elementos de Criminología Infanto-juvenil”, Editorial Edicol, 1979, pág. 96

La Criminología, por tanto, no ofrece un concepto de familia, sino que acaba acudiendo a la Sociología y a la Psicología para partir de un determinado concepto de la misma, acudiendo a dichas ciencias a tres efectos; a la violencia producida dentro del ámbito familiar respecto de las parejas y respecto de los hijos, la familia como forma de control social informal²⁹ y la familia como factor criminógeno³⁰, sin establecer un concepto o criterios propios diferentes a los sociológicos, pero que en todo caso hacen hincapié en el afecto, la idea de pertenencia o integración familiar y la educación de los menores.

Como vemos, nos encontramos ante un amplio abanico de definiciones que abarcan desde la familia nuclear hasta la familia en un sentido amplio, que evoluciona desde la familia formal de los siglos XIX y XX, hasta una concepción más moderna de familia³¹, pero que en general hace hincapié en las ideas de afectividad y/o

²⁹ Sobre control social formal e informal, véase a Torrente Robles, Diego en “La sociedad policial; poder, trabajo y cultura en una organización local de policía”, Centro de Investigación Sociológicas y Universidad de Barcelona, Madrid 1997, pág. 93 y ss. En este sentido, señala tres tipos de control social; autocontrol (el que realiza el individuo sobre sí mismo) control social informal (el que realizan los perjudicados que reprueban y presionan al infractor, y control social formal (la institucionalización del control).

³⁰ Más adelante hablaremos como los procesos de violencia intrafamiliar afectan a los menores presenciales de dicha violencia en su formación como futuros maltratadores.

³¹ Valdivia Sánchez, Carmen en “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, La Revue du Redif, Vol. 1, 2008, disponible en Dialnet el 7-05-2013, pág. 17 a 19, se refiere a la evolución sufrida en el concepto de familia desde las concepciones tradiciones hasta los tiempos actuales, manifestando en cuanto a los modelos actuales de familia, que “los métodos de control de natalidad, junto a los cambios de mentalidad, permiten hoy configurar una familia más a la carta. Los nuevos modelos dejan ver las distintas circunstancias que pueden rodear a los adultos y niños. Las diferencias, así como las ventajas o dificultades, pueden depender: -De su estructura, en cuanto que la familia se configura hoy sobre modelos; que conllevan la eliminación o modificación de los subsistemas tradicionales; conyugal, parental, filial y fraternal. -De su funcionamiento, por la reconstrucción del papel del hombre y de la mujer en el hogar, y de las relaciones entre personas y subsistemas. -Y de la educación, por los valores

consanguinidad entre los integrantes del grupo familiar, en la convivencia, en la organización o estructuración interna de la familia y en la concepción de ésta no solo como grupo social sino como forma de aprendizaje para el futuro desenvolvimiento social (escuela social). También se reseñan las interacciones entre los diferentes miembros de la familia no solo a nivel afectivo y social, sino económico y de satisfacción de necesidades vitales.

Sin embargo, todas estas definiciones de la familia siguen sin ofrecernos pautas concretas para un concepto de familia que pueda ser tenido en cuenta desde un punto de vista jurídico-penal, toda vez que si bien se aprecia el esfuerzo por ampliar las concepciones decimonónicas de familia y su adaptación a las nuevas realidades sociales existentes y por tanto integran una primera aproximación al concepto de familia, sigue sin establecerse con precisión cuales son los criterios concretos en base a los cuales podamos construir un concepto de familia que pueda utilizarse en Derecho Penal.

Desde la perspectiva del Derecho Civil no existe un concepto legal de familia, lo que ha dado pie a múltiples y variables concepciones de la misma en una evolución paralela a la de la sociedad española, que ha abarcado desde la familia nuclear, heterosexual y unida por vínculo matrimonial y filial directa dentro el matrimonio hasta concepciones más amplias y ajustadas a la realidad social actual³². Entre éstas

que se viven y transmiten, así como por los estilos educativos, que guardan cierta relación con el tipo de familia.”

³² Ya Lasarte Álvarez, Carlos en “Principios básicos del actual Derecho de Familia español” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 23, establece como no existe un concepto de familia y a tal efecto señala como “es absolutamente diáfano que la idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a

últimas, para Pereda Gámez³³ “lo que diferencia a la familia de cualquier otro grupo social es el interés del estado porque preste como unidad jurídica de convivencia, los cuidados precisos a sus miembros para conseguir el programa constitucional de libre desarrollo de la personalidad”, para, tras una exposición de las diferentes posiciones doctrinales, dar un concepto de familia en sentido técnico-jurídico como “conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio, parentesco o afinidad a las que la ley atribuye algún efecto jurídico pero, en sentido constitucional, la familia es el núcleo de convivencia con cuidados y atenciones recíprocos, en cuyo seno se protegen los derechos fundamentales de sus individuos, el conjunto de personas que, conviviendo en una misma vivienda y aún sin constituir familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico o ambas cosas”.

Del Fresno García³⁴ distingue entre cuatro estilos familiares (clásico, consensual, tolerante y conflictivo) y las hibridaciones de los mismos (narcisista, dinámica, dictatorial y desestructurada), pero sin llegar a conceptualizar la misma ni siquiera dentro de cada estilo más allá de establecer unas características básicas que no nos permiten establecer ni tan siquiera los lazos que unen a los diferentes miembros, y cuyo interés radica básicamente en establecer pautas de comportamiento

ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe precepto alguno en la Constitución española ni en la legislación ordinaria en el que, de forma precisa, se establezca con carácter general *qué es una familia y cómo deben ser las familias*.”

³³ Pereda Gámez, Francisco Javier en “Las cargas familiares: el régimen económico de las familias en crisis”, Editorial La Ley, Madrid 2007, pág. 115 a 129.

³⁴ Del Fresno García, Miguel en “La familia como sujeto intencional: estilos familiares como predictores de riesgos” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 66 y ss.

interno de una familia aplicable a cualquier concepto de la misma. Para Pastor Álvarez³⁵ “existirá familia donde quiera que existan vínculos familiares y siempre que se produzca la convivencia entre sus miembros; ya provengan de un previo vínculo conyugal o no, o bien tan solo del estado civil de filiación, con base a las más actuales y diversas formas de familia a las que el derecho no puede ignorar en ningún caso. Entendemos que la familia estará integrada por todos aquellos miembros unidos por vínculos familiares (que no exclusivamente matrimoniales) siempre que exista convivencia entre ellos, pero quedando restringida a los cónyuges o progenitores e hijos (comunes o no comunes, menores y mayores no independizados económicamente) y eventualmente otros parientes que convivan de forma permanente en el hogar familiar”. Peñasco³⁶ define la familia como una “institución de derecho natural de contenido variable”, que no ha podido ser definida desde el derecho positivo. Para Linacero³⁷, hay que distinguir entre la familia matrimonial y las situaciones familiares de hecho, que requerirían para su aceptación la reforma constitucional al no ser una figura contemplada por la Constitución.

Concepciones que no varían significativamente de la mantenida por la doctrina civilista de otros países, como por ejemplo Alessandri, Somarriva y Vodanovic³⁸, que

³⁵ Pastor Álvarez, María del Carmen en “El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 1998, pág. 46.

³⁶ Peñasco, Rosa en “Delimitación del concepto jurídico de familia”, Boletín de la Facultad de Derecho nº 3, 1993, pág. 206 y 207.

³⁷ Linacero de la Fuente, María en “Nuevos horizontes en la protección de la familia” en V.V.A.A. *Familia y Política: controversias y futuro*, Ed. Jesús Rodríguez Torrente, Universidad Pontificia de Comillas, 1996, pág. 69.

³⁸ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; y Vodanovic, Antonio en “Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I” Editorial Jurídica de Chile, Colombia 1998, Pág. 436.

definen la familia como “grupo social de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio o de parentesco, sea éste de consanguinidad o de afinidad. Esta noción incluye parientes legítimos e ilegítimos, y es la única que por lo general tiene valor jurídico”. Para la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile³⁹, “la familia es un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye la unidad básica de la sociedad. En la actualidad, destaca la familia nuclear o conyugal, la cual está integrada por el padre, la madre y los hijos a diferencia de la familia extendida que incluye los abuelos, suegros, tíos, primos, etc. En este núcleo familiar se satisfacen las necesidades más elementales de las personas, como comer, dormir, alimentarse, etc. Además se prodiga amor, cariño, protección y se prepara a los hijos para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad. La unión familiar asegura a sus integrantes estabilidad emocional, social y económica. Es allí donde se aprende tempranamente a dialogar, a escuchar, a conocer y desarrollar sus derechos y deberes como persona humana.” Para el Instituto Interamericano del Niño la familia se define como un sistema, la familia “es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan”.⁴⁰

³⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en www.bcn.cl el 07-05-2013

⁴⁰ Instituto Interamericano del Niño, disponible en www.iin.oea.org el 7-05-2013.

De todo lo expuesto, lo único que resulta claro es que el término familia permite múltiples acepciones, en función de los elementos que queramos utilizar para acotar dicho término, y la conjunción de dichos elementos⁴¹.

El primer elemento básico a tener en cuenta para establecer si dos personas o más son familia es la consanguinidad⁴². Este criterio formal⁴³ de familia no es el único y ni siquiera el más importante cuantitativa y cualitativamente de los criterios para relacionar familiarmente a dos individuos, pero desde luego y desde un punto de vista naturalístico no se puede negar su importancia; dos personas se considerarán familia cuando estén unidas por vínculos de sangre, sin perjuicio de que legalmente pueda acotarse o ampliarse el término familia para su uso jurídico-penal⁴⁴ en base a otros criterios.

⁴¹ De hecho, un único criterio desde un punto de vista jurídico penal resultará insuficiente, tal y como veremos posteriormente.

⁴² Coincide básicamente con las tres primeras acepciones de la R.A.E. para el término de familia, no teniendo equiparación las restantes acepciones con interpretaciones criminológicas o penales del término.

⁴³ La familia ya no puede considerarse desde una posición clásica o formal, sino que las diferentes realidades sociales existentes en el siglo XXI (parejas de hecho; noviazgos de larga duración sin convivencia; padres con hijos de anteriores relaciones que conviven, o que sin convivencia, mantienen relaciones estables con otros padres con hijos; la especial relación de los hijos de diferentes parejas entre sí y con los padres contrarios; etc....) exigen una concepción más abierta de familia, y que tengamos que acudir por tanto una concepción material de la misma.

⁴⁴ No puede tenerse el mismo concepto de familia en las diferentes ramas del Derecho, y evidentemente, entre el Derecho Penal y el Derecho Civil. El ilimitado concepto de familia consanguínea que pueda tenerse en el derecho de sucesiones para considerar o no a una persona como heredero del fallecido es imposible de aplicar en Derecho Penal a efectos de vincular sujeto activo y sujeto pasivo de cara a la integración del tipo del art. 173-2 del Código Penal, ya que vulneraría principios básicos como el principio de seguridad jurídica, el principio de taxatividad, de proporcionalidad de las penas e incluso plantearía problemas en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido.

Un segundo elemento de unión a tener en cuenta lo constituyen los vínculos legalmente establecidos entre dos personas (dentro de los cuales incluiríamos los aceptados mediante contrato), esencialmente el matrimonio, la inscripción de parejas de hecho y la adopción⁴⁵, y desde un punto de vista material de familia, la guarda y custodia, la patria potestad, la tutela o la curatela, y nuevamente sin perjuicio de la posible y a veces conveniente acotación/expansión de dicho criterio para su uso jurídico-penal.

Los vínculos afectivos, a pesar de su vaguedad y la dificultad procesal de su prueba, supone de facto la forma más ambigua y novedosa de integración en núcleo familiar o creación del mismo, dada la evolución de la sociedad española producida en los últimos 30 años y la proliferación de convivientes por vínculos sentimentales sin haber “legalizado” la situación mediante el matrimonio o la “inscripción de parejas de hecho”⁴⁶. Aquí más que en ningún otro criterio de consideración del término familia es necesaria la adopción de límites claros y concisos de cuando una relación afectiva supone la integración de los sujetos activo y pasivo en una misma familia, a quienes

⁴⁵ Aunque a priori puede parecer que son actos legalmente asumidos por las individuos y que deberíamos considerar que no es tanto un vínculo legal como una asunción voluntaria por parte de los individuos en cuanto a la formalización de un núcleo familiar o integración de un miembro en un núcleo familiar establecido en base a relaciones afectivas, lo cierto es que dichos actos, que efectivamente nacen por un acuerdo libre de voluntades, establecen vínculos con terceras personas aún en contra de la voluntad de éstas (por ejemplo, hermanastros, padrastros, nueras, yernos, cuñados, etc...).

⁴⁶ La problemática de inclusión de las relaciones afectivas como criterio a utilizar para la consideración de familia es amplia. Por un lado supone la necesidad de definir y establecer el límite de la afectividad como criterio de familia (amistad, relación de atracción sexual, afectividad de carácter paternal, afectividad asimilable a la relación conyugal, etc....). Por otro lado, definir su duración en el tiempo, estableciendo criterios que permitan identificar el inicio de la misma y su fin. También hay que determinar si dicha relación afecta o no a terceras personas (padres, hijos, etc....) hayan o no establecido éstos también relación afectiva con la otra parte.

concretamente afecta esa consideración de familia para poder incluirse dentro de ella, así como el ámbito temporal en el que la misma se desenvuelve.

Teniendo en cuenta estos criterios, podemos dar una primera definición amplia del concepto de familia como conjunto de personas unidas por lazos de consanguinidad, legales y de afectividad. Dicha concepción amplia puede suponer un primer punto de partida para acercarnos a un concepto de familia, pero éste nos es insuficiente desde el punto de vista jurídico-penal para establecer con claridad y precisión un concepto unitario de familia, qué núcleo de personas forman parte de una familia y pueden por tanto ser sujetos activos o pasivos de un delito de violencia en el ámbito familiar, por lo que, como hemos precisado antes, es necesario acotar dicho concepto.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el art. 173-2 del Código Penal, que tipifica la violencia habitual en el ámbito familiar, contempla la acepción de familia a utilizar en los delitos de violencia psíquica, maltrato, lesiones, violencia habitual, coacciones y amenazas. Sin embargo, el concepto de familia que se desprende de dicho artículo acoge figuras que se extralimitan respecto de los límites más amplios a una interpretación formal de familia, acogiendo acepciones que semánticamente no pueden considerarse dentro de dicha definición, y que solo desde una concepción material de familia amplia tendrían cabida y que en todo caso plantean dudas respecto a cuál es el auténtico bien jurídico protegido respecto de éstas figuras.

Las figuras recogidas en el art. 173-2 del Código Penal son las siguientes:

1. -cónyuge

2. -excónyuge
3. -persona ligada por análoga relación de afectividad con convivencia
4. -persona ligada por análoga relación de afectividad sin convivencia
5. -persona que estuvo ligada por análoga relación de afectividad con convivencia
6. -persona que estuvo ligada por análoga relación de afectividad sin convivencia
7. -descendientes por naturaleza, adopción o afinidad
8. -ascendientes por naturaleza, adopción o afinidad
9. -hermanos por naturaleza, adopción o afinidad
10. -descendientes por naturaleza, adopción o afinidad del cónyuge o conviviente
11. -ascendientes por naturaleza, adopción o afinidad del cónyuge o conviviente
12. -hermanos por naturaleza, adopción o afinidad del cónyuge o conviviente
13. -menores o incapaces convivientes
14. -menores o incapaces sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente
15. -persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar
16. -personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados

Como puede observarse, el ámbito de sujetos pasivos recogidos en el art. 173-2 del Código Penal es amplio y heterogéneo, abarcando incluso figuras a priori difícilmente encuadrables dentro del ámbito familiar desde un punto de vista formal (como es el último supuesto de personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, o ex cónyuges y ex parejas). La consideración de familia por consanguinidad queda prácticamente reservado a los hermanos, ascendientes y descendientes por naturaleza, así como algunos supuestos del baúl de sastre que supone el término “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”, y que permitiría incluir a primos, tíos, sobrinos, etc...., siempre y cuando exista integración en el núcleo familiar (jurisprudencialmente, a pesar de que no se exige en el tipo penal, tras un tratamiento desigual y errático, actualmente se considera la integración a través de la convivencia en el domicilio familiar⁴⁷ por parte del sujeto pasivo, no bastando la mera integración por otras vías).

⁴⁷ Véase la sentencia 52/2008 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, que establece que “como consecuencia de ello, las resoluciones judiciales sobre este punto han sido contradictorias y, además para llegar a la solución del caso concreto hacen constar en su fundamentación la dificultad de solucionar esta cuestión. Así, como más representativas, no exigen la necesidad de convivencia del autor de la infracción con la víctima ascendiente, la SAP Madrid de 3 de septiembre de 2.007 y SAP de Valladolid 2 de mayo de 2.007; por el contrario, sí han exigido la convivencia, la SAP de Barcelona 25 de abril de 2007 y la STS de 16 de marzo de 2.007, en la que se reconoce que esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político- criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del C. Penal 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de ascendientes y hermanos que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de “violencia de género”. Pero lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo- admite esta lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato

Más amplia es la consideración de familia a través de vínculos legales, y que encuadraría a cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad cuando estén inscritas en registros como parejas de hecho, ascendientes, descendientes y hermanos por adopción o afinidad⁴⁸ propios o del cónyuge o conviviente⁴⁹, personas sujetas a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge, y nuevamente, algunas personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de su convivencia familiar, que permitiría incluir nueras, yernos, suegros, cuñados, etc..., integrados en el núcleo de la convivencia familiar (y nuevamente mediante el criterio de la convivencia del sujeto activo y el sujeto pasivo en el momento de los hechos).

En cuanto a la afectividad como criterio para la consideración de familia se recoge la figura de “personas ligadas por análoga (al cónyuge) relación de afectividad”⁵⁰ con o sin convivencia, y la de personas sujetas a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del conviviente⁵¹.

estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura. Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los "descendientes, ascendientes o hermanos" sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 del C. Penal .”

⁴⁸ Herman@ por afinidad es el/la cuñad@

⁴⁹ Lo que excluye a los de ex cónyuges o cualquier relación de afectividad sin convivencia

⁵⁰ Excluye cualquier otra relación de afectividad como pueda ser amistad, afectividad similar a la filiación o a la paternidad, etc...

⁵¹ Ejemplo de cómo una relación de afectividad entre dos personas puede suponer la consideración de familia a efectos de tipificación penal entre una de esas dos personas con un tercero con el que no necesariamente tiene que haber relación de afectividad, con el que no hay consanguinidad ni existen vínculos legales.

Pero además de lo anteriormente expuesto, el art. 173-2 recoge otros cuatro criterios de consideración de familia que no se ajustan a los criterios de consanguinidad, afectividad y vinculación legal. El primero de ellos es el de menores o incapaces que convivan con el sujeto activo, y que atiende a la especial situación de desprotección que se presupone respecto de los mismos y a la necesidad de que éstos se desarrollen y desenvuelvan en su esfera más íntima y personal en un entorno seguro. No se exige aquí ninguna relación afectiva, legal o consanguínea, sino la mera convivencia entre el sujeto activo y el menor o incapaz⁵². La segunda se refiere a los ex cónyuges y a las ex relaciones de afectividad análogas, toda vez que en el momento de realización del hecho típico ya no existe vinculación entre el sujeto activo y pasivo⁵³. Respecto a la tercera, el término de personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de su convivencia familiar permite a priori la inclusión de personas tales como el servicio doméstico⁵⁴, estudiantes de

⁵² Por tanto se podría incluir al miembro del servicio doméstico interino de una casa que maltrata al menor o incapaz que vive en la misma vivienda, al maltratador del hijo del vecino cuando este lo cuida conviviendo con él, por ejemplo durante unas vacaciones, y un amplio abanico de posibilidades ajenas a una consideración formal de la familia

⁵³ A estos efectos, todavía podría considerar la posibilidad de considerar familia si sujeto activo y pasivo mantuvieran vinculación a través de menores o incapaces de los que ambos ostentaran tutela, patria potestad, guardia y custodia o cualquier otra vinculación similar. E incluso, se entiende que desde una concepción material de familia puede justificarse la consideración de familia cuando el hecho típico está directamente relacionado y trae causa respecto de la relación conyugal o afectiva, por ejemplo, por la no asunción de la ruptura sentimental, el tratar de evitar que la otra persona inicie una nueva relación sentimental al considerar que le pertenece o que mancilla su honor, etc.... Más difícil es la consideración de familia cuando el hecho típico no encuentra relación alguna con la relación conyugal o afectiva, por ejemplo, una discusión de tráfico o por un partido de fútbol, por más que anteriormente hubiera una relación conyugal o de pareja

⁵⁴ A estos efectos, la sentencia 852/2011, de 2 de septiembre de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 23, considera como persona integrada en el núcleo familiar a la “interna” que cuidaba de la menor y a la que golpeó, entendiendo que aunque no hubiera una relación

intercambio o incluso compañeros de piso, que ni penal ni civilmente hablando podrían considerarse familia. Finalmente, en cuanto a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, si bien el origen de la especial relación a priori parece devenir por una obligación contractual entre el cuidador y la persona especialmente vulnerable, subyace en el fondo la asimilación de los cuidadores a un concepto material de familia⁵⁵.

Por todo lo expuesto hasta el momento y a nuestro juicio, el art. 173-2 del Código Penal no acota suficientemente el término familia, y tampoco realiza una distinción clara de los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar, con una concreta y correcta separación entre los delitos de violencia en el ámbito familiar encuadrables dentro de la violencia de género (contra el hombre, contra la mujer y contra homosexuales, transexuales o hermafroditas), contra las personas especialmente vulnerables (menores, ancianos, incapaces) y contra el resto de integrantes del núcleo familiar, sin diferenciar además de cuando los actos de violencia afectan y por tanto lesionan el bien jurídico familia, a cuando nos encontramos con meros delitos que debieran encuadrarse dentro los tipos básicos de lesiones, amenazas, coacciones, vejaciones, etc., incluyendo dentro de la redacción del art. 173-2 Código Penal sujetos pasivos que no son encuadrables dentro del concepto

de afectividad, tenía asumido roles de reparto de papeles que no era diferente de los de cualquier familia, y que desarrollaba su vida en el mismo núcleo familiar que el sujeto pasivo.

⁵⁵ Acale Sánchez, María en “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, Revista Electrónica de derecho de la Universidad de La Rioja nº 7, Diciembre 2009, pág. 46 y 47, niega la vinculación por parentesco respecto de éstas, al afirmar “el tercer grupo de personas a las que se refiere el art. 173.2 está formado por aquéllas que están unidas por vínculos completamente ajenos al parentesco”, considerando que desbordan el ámbito familiar y que desdibujan el bien jurídico “paz familiar” elaborado por el Tribunal Supremo.

formal de familia. A favor de esta interpretación parecen estar las múltiples reformas sufridas por el Código Penal en materia de violencia en el ámbito familiar en un corto margen de tiempo⁵⁶ y la desigual aplicación jurisprudencial del articulado penal y procesal, que parecen indicar que la legislación no termina de encontrar acomodo en la realidad social existente a la que tiene que dar respuesta, respondiendo más bien a la presión social derivada de la trivialización a la que ha sido sometida la violencia familiar en los medios de comunicación con continuos debates en programas de prensa rosa y la continua presencia en los informativos y la prensa escrita de la violencia sobre la mujer desde un enfoque sensacionalista⁵⁷, sin un análisis de fondo del origen y tipo de violencia ejercida, y que conlleva la aplicación de medidas propagandísticas destinadas no a la resolución de la problemática social de fondo sino a dar determinada imagen de “actuación resolutoria” con fines absolutamente

⁵⁶ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en “Derecho Penal Parte Especial” 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010 pág. 115, exponen que “El legislador ha modificado en varias ocasiones estas conductas en el ámbito doméstico a fin de evitar, en lo posible, este género de violencia; no obstante, las reiteradas reformas ponen de manifiesto la falta de un criterio sólido en esta materia.”

⁵⁷ Moreno Benítez, Damián en “De violencia machista a terrorismo machista; el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa”, en *Discurso y Sociedad*, Volumen 4, 2010, disponible en Dialnet el 19-04-2013, pág. 911 y 912, manifiesta a este respecto que “Hemos constatado que las denominaciones utilizadas en los medios a la hora de referirse a fenómenos de gran sensibilidad social, como los casos de violencia contra las mujeres, participan de un uso argumentativo. Nombrar una realidad en cierta manera significa crearla o, al menos, enfocarla bajo determinado prisma. Las corrientes ideológicas que subyacen en los documentos periodísticos no son ajenas a este fenómeno y, por ello, el uso preferente de un tipo u otro de expresión refleja determinadas estrategias argumentativas. Hemos observado que expresiones como *violencia de género* y *violencia doméstica* son las más utilizadas y las que han alcanzado un mayor grado de lexicalización, (...) Desde sectores progresistas, promotores de las políticas de igualdad de género, se ha intentado incrementar la motivación de estas denominaciones, es decir, su fuerza argumentativa. El resultado es la búsqueda de nuevas unidades denominativas en las que se utiliza bien el adyacente, bien el sustantivo núcleo con valor axiológico: *violencia machista*, *terrorismo doméstico*, o, con mayor fuerza aún, los dos términos: *crímenes machistas*, *terrorismo machista*”.

electoralistas⁵⁸. La falta de un criterio claro y una línea criminalística marcada y definida, de un pacto general por la erradicación de la violencia en el ámbito familiar más allá de fines inmediatos y propagandísticos⁵⁹ están impidiendo una legalización coherente en todos los ámbitos penales y procesal-penales⁶⁰, igualitaria, proporcional y adecuada a la realidad social, de la violencia en el ámbito familiar en general y de la violencia de género en particular.

⁵⁸ Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 581 a 583. La autora habla del “populismo punitivo”, y de cómo en los últimos años la presión de los medios de comunicación ha acabado confundiendo a la opinión pública, y de cómo las manifestaciones de prensa han acabado siendo legisladas. En el mismo sentido, Larrauri, Laura en “Populismo punitivo...y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* nº 55, 2006, pág. 15 a 22; y Arroyo Zapatero, Luis Alberto en V.V.A.A. “Legitimidad constitucional y convivencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Dir. Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pág. 722 y ss.

⁵⁹ No nos oponemos a que el Derecho Penal en materia de violencia en el ámbito familiar pueda cumplir una función simbólica de manera que haga visible frente a la sociedad la realidad de la violencia intrafamiliar, que ofrezca una imagen de actuación por parte del legislador frente al problema y elimine la idea de impunidad generalizada frente a este tipo de delitos. Ello no implica sin embargo que esta sea la función principal de la norma sobre la efectiva protección de los bienes jurídicos en riesgo, y que la protección de los bienes jurídicos se realice sin un estudio profundo de las raíces de dicha violencia, de la necesidad y adecuación de las medidas a adoptar, de las consecuencias de dichas medidas, y que éstas se adopten sin vulnerar los principios de proporcionalidad, igualdad y legalidad. Sobre los efectos simbólicos y los efectos instrumentales del derecho penal, véase Díez Ripollés, José Luis en “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín mexicano de derecho Comparado* núm. 103, 2002, y Baratta, Alessandro en “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, nº 1, Barcelona 1991. Reconoce el valor simbólico el Auto núm. 665/2004 de 30 junio de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid referido a la condena y el valor simbólico de la misma.

⁶⁰ Hay que reseñar que el concepto de familia puede variar en un mismo procedimiento en el ámbito penal y procesal. Más adelante incidiremos en la problemática actual a la hora de considerar como por ejemplo, el sujeto pasivo ex cónyuge es considerado como familia a la hora de integrar el tipo de amenazas leve del art. 171-4 y de maltrato del art. 153-1, y sin embargo, no se le considera como familia a la hora de que ese mismo sujeto pasivo pueda acogerse al derecho a no declarar en ese mismo procedimiento.

Desde nuestro punto de vista, un concepto formal de familia tanto desde la sociología como desde el derecho positivo nos resulta insuficiente a efectos jurídico-penales, y en consecuencia resulta necesario acudir sobre todo a factores criminológicos en relación con los aspectos sociológicos ya mencionados de la actual realidad social en torno a la familia para determinar un concepto real de la misma, y de los ataques más graves contra ésta para acotar dicho concepto en términos penales, que nos permitirán determinar aspectos esenciales como son el bien jurídico protegido en los delitos de violencia en el ámbito familiar, y en consecuencia, los sujetos activos y pasivos que pueden realizar las diferentes conductas recogidas en los diferentes tipos penales.

Para un análisis criminológico de familia es necesario partir de la realidad social existente. A estos efectos ya hemos mencionado como las diferentes posiciones sociológicas hacen hincapié en determinados aspectos respecto de la familia. En primer lugar ya hemos visto como sociológicamente hablando el status de familia se adquiere por lazos consanguíneos y/o de afectividad.

En cuanto a los lazos consanguíneos ya hemos establecido también como son la primera de las formas de adquirir dicho status de familia, si bien no es en sí misma la más importante ni cualitativa ni cuantitativamente hablando a efectos penales. Así, el mero hecho de la consanguineidad a los efectos de los delitos de violencia en el ámbito familiar no es suficiente para interrelacionar al sujeto pasivo y al sujeto activo. Por un lado, puesto que una de las funciones del Derecho Penal es la función de protección de los bienes jurídicos⁶¹, y además, el bien jurídico supone un límite al *Ius Puniendi* del

⁶¹ En este sentido, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes en “Derecho Penal Parte General”, Tirant Lo Blanch 6ª edición, Valencia 2010, pág. 78 y ss. Así, incluso establece como

Estado y por tanto solo ha de proteger los bienes jurídicos más importantes frente a las agresiones más graves que los mismos pueden sufrir, la consanguineidad deberá ir acompañada de la plena conciencia de la misma. Difícilmente podemos entender que existe una lesión de la familia como bien jurídico a proteger entendiendo la adquisición del status de familia en base a la consanguineidad cuando ni siquiera el sujeto activo⁶² tiene conciencia de la existencia de dicha consanguineidad y por tanto del propio vínculo familiar. Las nuevas realidades sociales existentes hoy en día como producto tanto del desarrollo de nuevas técnicas reproductivas (fecundaciones in vitro, inseminaciones utilizando semen u óvulos de donantes que pueden incluso haber fallecido, o la posibilidad abierta con la clonación que no es jurídicamente permitida pero si existe la tecnología para efectuarla) así como procesos como los de la emigración y la movilidad geográfica que conlleva y que en la práctica supone que grupos sociales con alto índice reproductivo asociados a una alta movilidad geográfica y con elevado índice de rupturas matrimoniales/afectivas, supone que en la práctica existan hermanos que no se conocen entre sí, hijos que no conocen a sus padres y/o abuelos, y una infinita posibilidad de lazos de consanguineidad que no son conocidos por los sujetos activo y/o pasivo⁶³. Por tanto, la consanguineidad no solo requiere la propia existencia de dicho lazo para la consideración del mismo con vínculo familiar

los bienes jurídicos “no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal”.

⁶² A estos efectos y a priori, no es necesario que el sujeto pasivo tenga conciencia del vínculo familiar a través de la consanguineidad, siempre y cuando conste una lesión por parte del sujeto activo a la familia como bien jurídico protegido.

⁶³ Estos son solo algunos ejemplos llevados al límite. Siempre han existido figuras como los hijos no reconocidos legalmente o hijos adoptados, y que pueden no saber quiénes son sus padres biológicos, y multitud de posibilidades más que conllevan la necesidad de acotar la consanguineidad como vínculo familiar con relevancia jurídico penal.

jurídico-penal, sino que requiere la conciencia por parte del sujeto activo de que el sujeto pasivo es familia del mismo por existir un lazo de sangre.

En cuanto a la afectividad, que puede ir o no unida a la consanguineidad, por si misma tampoco puede ser tenida en cuenta per se como vínculo familiar a efectos jurídico penales, sino que la misma requiere también la conciencia de que el afecto entre el sujeto activo y el sujeto pasivo está unido a su pertenencia a un grupo familiar. El afecto existente entre dos amigos, que incluso puede llegar a ser más fuerte e intenso que el de dos personas unidas por lazos de sangre, quedaría totalmente excluido como vínculo familiar, precisamente porque existe la conciencia de que ambos se integran en un grupo diferenciado al de la familia, sin perjuicio de que este pueda ser tenido en cuenta a otros efectos jurídico penales⁶⁴. Tampoco constituiría un vínculo familiar jurídico penal el apasionamiento, el enamoramiento o cualquier tipo de amor no correspondido de uno de los sujetos activo/ pasivo hacia el otro. Y ello por cuanto es necesario que el lazo afectivo se desarrolle dentro de un plano de conciencia de integración en un grupo familiar (aunque sea de dos individuos), y que requiere la idea de un compromiso o permanencia⁶⁵, de protección mutua, y demás elementos

⁶⁴ Por ejemplo, como modo de adquisición de la posición de garante en los delitos de omisión.

⁶⁵ Véase la sentencia 1376/2011, de 23 de Diciembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que establece al respecto que “sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical - vivir en compañía de otro u otros - . De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. **Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad**, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. **Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad**, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo,

que analizaremos en este mismo epígrafe. Por esta misma razón, quedan al margen de la consideración como familia las relaciones de naturaleza meramente sexual⁶⁶ o que nacen ya con la idea preconcebida de ser una relación meramente esporádica o pasajera⁶⁷, sin visos de permanencia.

En cuanto a los vínculos legales, de los que socialmente no se habla pero que como ya hemos visto no podemos obviar por cuanto la Ley acaba conformando una realidad social que no puede negarse, estableciendo vínculos entre diferentes personas que incluso en ocasiones ni siquiera son deseados por los propios sujetos. Los vínculos legales que en primer lugar conforman la familia son los establecidos mediante el matrimonio (haya o no vínculo afectivo), que afecta no solo a los cónyuges entre sí, los cuales son siempre queridos y aceptados por los mismos⁶⁸, sino que establece vínculos de los cónyuges con los familiares consanguíneos del otro cónyuge, y de estos familiares entre sí (por ejemplo, los hijos de cada uno de los cónyuges con el otro cónyuge, o con los hijos del otro cónyuge, o con los padres, hermanos y demás familiares de éstos), e incluso, con los familiares con lazos legales del otro cónyuge (por ejemplo, con los cuñados, yernos, etc.... del cónyuge), vínculos que no solo pueden no ser queridos y aceptados, sino que puede conllevar el deseo contrario de

cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.”

⁶⁶ Independientemente de que dicha relación sea consecuencia de una contraprestación a cambio de favores o dinero (prostitución) o sea un mero encuentro sexual fortuito, incluso aunque dicho encuentro sexual se produzca en concurrencia con otros lazos de afectividad (como pueda ser la amistad) o de consanguineidad (primos, tíos, sobrinos....).

⁶⁷ Por ejemplo, el llamado “rollo de verano”, o relación durante un viaje de vacaciones o trabajo, como se desprende de la sentencia 1376/2011 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁶⁸ Ya que si no, y en caso contrario, habría vicios en el consentimiento que conllevarían la nulidad del matrimonio

conformación del grupo familiar por parte de los sujetos. Por tanto, no solo será necesario para la consideración de familia del vínculo legal, sino que deberá concurrir la aceptación y conciencia de pertenencia a un grupo familiar por parte de los miembros de dicho grupo, junto con la concurrencia de otros elementos que posteriormente analizaremos.

Otros vínculos legales como la curatela, la adopción, la guarda y custodia, o la patria potestad (cuando no son adquiridos por consanguineidad) son queridos y aceptados por los sujetos que tengan plena capacidad de decisión (no así por menores o incapaces). Como norma, la querencia y aceptación de estos vínculos conlleva la querencia y aceptación de todos o casi todos los elementos que conforman la familia, que analizaremos posteriormente. Caso especial es el de los cuidadores de incapaces o menores que están a su cargo. En este caso no podemos entender que el sujeto activo, el cuidador, tenga la idea de pertenencia al grupo familiar del menor o incapaz, pero si está la aceptación de suplantación, al menos parcial, del grupo familiar, por cuanto es la persona que proporciona el apoyo emocional y afectivo, de protección, de cuidados, y desarrollo personal del tutelado. La actuación del cuidador como familia plenamente aceptada por el mismo respecto de sus tutelados permite la asimilación del mismo a dicha familia, en una concepción material de la misma en cuanto al contenido que se le atribuye.

Por tanto, y hasta ahora, la familia requiere la existencia de un vínculo legal, afectivo o de consanguineidad (o la confluencia de varios de ellos), con la conciencia de existencia de dicho lazo. Requiere asimismo, el conocimiento de pertenecer a un grupo familiar, en tanto y en cuanto la representación de valores que esta supone, de

los elementos que la conforman y las interrelaciones que se dan entre los diferentes miembros. De este modo, como ya hemos visto al hablar de la familia desde un punto de vista sociológico, la familia es un grupo social, y de hecho, el primer grupo social en el que el individuo se desenvuelve desde su nacimiento⁶⁹. Es en este grupo social primigenio en el que el individuo singularmente considerado comienza a desarrollar la parte más íntima y privada de su personalidad, establece sus primeros vínculos afectivos y se desarrolla emocional e intelectualmente, y aprende a interrelacionarse socialmente. Es asimismo en este grupo social donde el individuo aprende a recibir y dar seguridad y protección, donde le son cubiertas sus necesidades no sólo básicas de subsistencia sino afectivas, alimentarias, económicas, personales y sociales y donde aprende a cubrir dichas necesidades respecto del resto de miembros de la familia⁷⁰. Es también el grupo social en el que a lo largo de toda su vida, permanezca inalterable, se expanda o se restrinja con el transcurso del tiempo, va a cubrir todas estas necesidades y va a seguir desarrollando su personalidad, y solo se extinguirá la familia a efectos jurídico penales (y aparte de por causas naturales como el fallecimiento), cuando se rompa el vínculo que los une, y/o, cuando ese grupo deje de ser el ámbito de desarrollo y protección del sujeto.

⁶⁹ A estos efectos, respecto de un recién nacido abandonado la familia la constituirá los cuidadores del mismo legalmente obligados a su cuidado y que suplantán a la familia natural (por ejemplo, los enfermeros del hospital o los tutores del centro de menores). No tendrá la consideración sin embargo de familia la persona que lo encuentre abandonado frente a su puerta y le proporcione los primeros cuidados básicos antes de entregarlo a las autoridades pertinentes.

⁷⁰ Como manifiesta Lasarte Álvarez, Carlos en "Principios básicos del actual Derecho de Familia español" en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 24, "la idea de solidaridad y de socorro mutuo entre los cónyuges y los miembros de la familia, en efecto, soluciona de hecho no pocas de las tensiones sociales existentes, de las que, por tanto, la estructura política y administrativa puede desentenderse de plano, a veces conscientemente y tantas otras de manera absolutamente inconsciente".

Por todo ello podemos concluir que la familia es el grupo de personas unidas por lazos afectivos, legales y/o consanguíneos, que con conciencia de la existencia de dichos lazos, se proporcionan un ámbito de libre desarrollo de su personalidad en los ámbitos emocionales y afectivos, económicos, sociales, intelectuales y alimentarios, así como protección y seguridad para este libre desarrollo.

Pero una vez establecido nuestro concepto de familia, hemos de plantearnos; ¿es la familia un interés esencial que sea necesario proteger mediante el Derecho Penal? ¿Es un elemento tan necesitado de protección que puede configurarse como un bien jurídico penal? Desde nuestra postura, taxativamente, sí.

Si la familia, cualquiera que sea su concepción (nuclear, formal, extensa, material) supone el ámbito más privado y personal del individuo, el ámbito donde otorga y recibe protección, donde comienza a desarrollar su personalidad e inicia su aprendizaje social y se cimentan las bases de su ser como persona individual y como persona social; si la familia es el ámbito donde el individuo se siente seguro y protegido; si la familia es una parte indisoluble y esencial de la persona, por todo ello, la familia no puede carecer de protección tanto de ataques externos a la misma, como de las agresiones hacia la misma que procedan desde su interior.

Si bien es cierto que el concepto nuclear de familia ha quedado desfasado como modelo único de familia (con independencia de que pueda ser el modelo más extendido), ésta bajo las diferentes formas en que puede considerarse sigue siendo un pilar esencial de cualquier individuo, que incide en el desarrollo de la personalidad del mismo y en su modo de relacionarse a efectos sociales. Por tanto, partiendo de la

consideración de que la familia es vital para el individuo, y de que el individuo es vital para la sociedad, la necesaria protección del individuo requiere la necesaria protección de su entorno más íntimo, personal y esencial. Y partimos además de que es innegable la importancia de la familia, por cuanto no existe individuo, desde la concepción material de familia que hemos mantenido, que carezca de familia y que la misma no haya sido esencial en su formación como persona, reiteramos, individual y social. Durante la infancia y adolescencia, y en ocasiones, durante la ancianidad, todo individuo ha precisado de la familia para poder sobrevivir en primer lugar, y para poder desarrollarse y crecer personalmente en segundo lugar, y ello sin excepciones, haya sido su familia una familia nuclear tradicional, o constituya la familia desde un punto de vista material una institución como pueda ser un orfanato o un geriátrico. Además, el menor, y en su caso, el incapaz, no puede elegir la familia en que se integra (que si puede realizar, aunque no siempre, un adulto no incapaz, desligándose de la que hasta entonces era su familia e integrándose en otra nueva o prescindiendo de la misma). La protección de los mismos pasa necesariamente por proteger sus familias como marco omnipresente que en estas fases pueden constituir el cien por cien de su mundo.

Pero es que además, de hecho, ya se protege a la familia en otros Títulos del Código Penal, como por ejemplo a nivel de evitar la desprotección de los miembros del núcleo familiar (abandono de menores), e incluso frente a ataques en principio más leves como son los económicos (impago de pensiones, el cual también puede, pero no siempre, provocar una situación de desprotección familiar). Si ya hemos entendido que es necesario proteger a la familia frente a este tipo de ataques, como no vamos a entender que es necesario otorgarla protección penal frente a ataques más lesivos

contra la misma y sus integrantes, como son las conductas que integran los delitos de violencia doméstica y de género. Cuestión aparte será, y a ello dedicaremos parte de esta tesis, en determinar si es la familia el bien jurídico realmente protegido en estos delitos, y cuáles conductas realmente afectan y lesionan a la familia.

2-2 El bien jurídico protegido. ¿Existe un único bien jurídico protegido en los delitos de violencia intrafamiliar?

La falta de criterio a la hora de legislar sobre la violencia en el ámbito familiar y la amplia variedad de conductas que tienen cabida dentro de tan amplio término, tiene reflejo en la dispersión por los diferentes Títulos y Capítulos del Libro II del Código Penal de los diferentes tipos penales existentes en materia de violencia en el ámbito familiar⁷¹, lo que ayuda a incrementar las dudas sobre cuál es el bien jurídico protegido en este tipo de delitos. Asimismo, la existencia de multitud de artículos relativos a la violencia en el ámbito familiar con una gran disparidad de interrelaciones entre los posibles sujetos activos y pasivos, coexistiendo legalmente con una regulación específica de delitos que tipifican la violencia sobre la mujer por parte de quien sea o haya sido cónyuge o haya tenido relación análoga, y con la no reconocida legalmente de forma expresa pero sin embargo existente en nuestra realidad social, la violencia de género en el ámbito familiar (contra el hombre o contra la mujer) dificultan una concepción unitaria del bien jurídico común a todos los delitos.

⁷¹ A estos efectos, el art. 173-2 se encuadra dentro del Título VII relativo a las Torturas y otros delitos contra la integridad moral, el art. 153 y el art. 148-4 y 5 se integran en el Título III relativo a las lesiones, el art. 171-4 y 5 dentro del Título VI relativo a los delitos contra la libertad, Capítulo II relativo a las amenazas, y finalmente el art. 172-2 se integra en el Título VI, Capítulo III relativo a las coacciones.

Hasta ahora la doctrina ha discutido desde posiciones enfrentadas cuál es el bien jurídico protegido, esencialmente en el art. 173-2 del Código Penal (delito de violencia habitual), bien asimilando a éste por su referencia a los sujetos activo-pasivo contenidos en este artículo⁷² los arts. 153, 171-4 y 5 y 172-2 del Código Penal (delitos de lesiones y maltrato, amenazas y coacciones respectivamente), bien sin mencionar nada respecto del bien jurídico de estos artículos, refiriéndose únicamente al protegido en el 173-2, bien entendiendo que el bien jurídico es el mismo que el de los delitos de referencia que contemplan la conducta típica sin la especial relación entre sujetos activo y pasivo⁷³, pero que en ningún caso identifican ni consideran un bien jurídico común a los delitos de violencia en el ámbito familiar. Así, en cuanto a los delitos de amenazas y coacciones de los arts. 171-4 y 5, 172-2 y 620-2 inciso final⁷⁴ del Código Penal, casi unánimemente se considera como bien jurídico protegido la libertad⁷⁵, si

⁷² En este sentido, Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial” 18ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2010 pág. 192, que manifiesta “La conversión en delito de las amenazas leves con armas y las coacciones leves, cuando recaigan sobre las personas mencionadas en el art. 173,2, configura estos delitos junto con el previsto en el art. 173,2, como delitos autónomos con un *bien jurídico propio, diferentes al delito de lesiones propiamente dicho*”.

⁷³ Sánchez Tomás, José Miguel en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 395 a 398, 424 y 425, respecto de los delitos de amenazas y coacciones leves en el ámbito familiar. De igual modo, Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010 disponible en Dialnet el 15-04-2013 pág. 455 y 456, 464 y 465.

⁷⁴ Teniendo en cuenta, por supuesto, que las amenazas leves en el ámbito familiar no son amenazas condicionales, y que por tanto, no entramos en el debate existente de si se protege la libertad o la seguridad, referido a las amenazas condicionales.

⁷⁵ En este sentido, Caruso Fontán, María Viviana en “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”, Tirant Monografías, Valencia 2006, pág. 129 y ss. Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta...” ob.cit. pág. 455 y 456, 464 y 465. Sánchez Tomás, José Miguel en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch -

bien algunos autores plantean la posibilidad de la existencia de un doble bien jurídico⁷⁶. En el mismo sentido de consideración del bien jurídico como la libertad se pronuncia la Jurisprudencia⁷⁷.

En cuanto al delito de lesiones de los art. 153 y 148-4 y 5 del Código Penal, las posturas se concentran en la consideración del bien jurídico protegido como la salud o la integridad física/psíquica⁷⁸, o un bien jurídico pluriofensivo en que junto a la salud

Valencia, 2011 pág. 395 a 398, 424 y 425. González Cussac, J. M.; Matallín Evangelio, A.; Orts Berenguer, E.; Roig Torres, M.; Rois Torres, M.; en "Derecho penal. Parte especial. Tomo VII", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 46. Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L. en "Derecho Penal Parte especial" 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 187, 199 y 200. Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en "Manual de Derecho Penal Tomo II Parte especial" Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pág. 66, 67 y 77. Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en "Derecho Penal Parte Especial" 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010 pág. 167 y 178. Queralt Jimenez, Joan J. en "Derecho penal Español Parte Especial" 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 159 a 161.

⁷⁶ Véase, Quintero Olivares, Gonzalo en V.V.A.A. "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª Edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 220. El mismo considera que en la violencia de género "vendrían ofendidos dos bienes jurídicos; el propio y personal de la víctima maltratada, agredida, o incluso asesinada, y, según muchas opiniones, otro integrado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino, que sería abstractamente agredido y, por lo tanto, será siempre un sujeto pasivo mediato en todos los delitos del grupo."

⁷⁷ Por ejemplo, la Sentencia 29/2012 de 14 de febrero de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra se pronuncia en cuanto a las amenazas leves contra la esposa en el sentido de que son "delitos contra bienes eminentemente personales como la seguridad y la libertad, que son los bienes jurídicos protegidos por el tipo de amenazas". En cuanto a las coacciones leves, la Sentencia 807/2007 de 8 de octubre de la Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia en cuanto a las mismas, "cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre determinación de la voluntad individual".

⁷⁸ En este sentido, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio en "El delito de lesiones" Ediciones Universidad de Salamanca 1982 pág. 22 a 26; M. García Arán en V.V.A.A. "Comentarios al Código Penal, Parte especial" Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004 pág. 120; Sanz Mulas, Nieves en V.V.A.A. "Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)" Iustel, 2005 Madrid pág. 165; Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en "Manual de Derecho penal Tomo II Parte especial" Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pág. 47 y 58. Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L. en "Derecho Penal Parte especial", 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010,....ob.cit., pág. 131, 132 y 156. Amadeo García, Sergio en "Código Penal Parte especial Tomo II. Volumen I" 2009, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 145 a 147. A nuestro modo de ver la integridad

y a la integridad física y psíquica, se protegerían asimismo la integridad moral⁷⁹, la dignidad de la personas en el ámbito doméstico⁸⁰ o el bienestar personal⁸¹. La problemática planteada con la inclusión entre las conductas típicas de la antigua falta de maltrato cuando la misma se produzca entre las personas recogidas en el art. 173-2 del Código Penal es la que dificulta una posición unitaria, toda vez que dicha conducta no produce un resultado lesivo, por lo que solo de una manera muy forzada puede entenderse que se está protegiendo la integridad física o la salud, salvo que

moral solo se lesionaría cuando efectivamente nos encontramos ante violencia de género (da igual contra cuál género – hombre, mujer, transexual,...-) o cuando la conducta consista en actos especialmente vejatorios (defecar u orinar encima de la víctima, arrastrarla o desnudarla en público, etc...)

⁷⁹ Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 96 a 98. Cuadrado Ruiz, María Ángeles y Requejo, Carmen en “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 3, manifiestan que “lo que el Derecho penal pretende proteger con este tipo delictivo no es tanto la salud o integridad corporal, bien jurídico protegido directamente en los delitos de lesiones, pues para ello podría haber sido suficiente esta regulación con la apreciación de la agravante de parentesco, sino más bien el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes como manifestación del principio de dignidad humana del art. 15 CE, o incluso la paz, tranquilidad y seguridad familiares”.

⁸⁰ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en “Derecho penal, Parte especial” 15ª edición, Dykinson Madrid, 2010, pág. 115. Queralt Jiménez, Juan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 137.

⁸¹ Aránguez Sánchez, Carlos en “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153-1 CP”, en V.V.A.A. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson Madrid, 2005, pág. 15. García Vitoria, Aurora en “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar” en *Estudios Penales sobre la Violencia Doméstica*, Enero 2002, disponible en <http://vlex.com/vid/298596> el 05-06-2013, pág. 11 y 12, entiende “que el bien jurídico protegido estriba en la tutela del “bienestar” de la persona en el ámbito doméstico, comprensivo el concepto de “bienestar” personal, tanto del aspecto negativo, constituido por la ausencia de enfermedad o invalidez, cuanto del aspecto positivo formado por el equilibrio entre los distintos planos personales, físicos y mentales, así como sociales, que afectan a la persona 48, lo que incluye obviamente, y de manera especial en este contexto, su seguridad y su derecho a un tratamiento respetuoso hacia ella en el ámbito de la vida familiar o situación asimilada, como parte integrante que es, y los especiales vínculos que de ello se derivan en sus relaciones con otras personas, acorde, por otra parte, con su dignidad de ser humano.”

consideremos el maltrato como un delito de peligro, pero a nuestro juicio aún así no se podría explicar ni justificar el hecho de que el legislador prevea para un delito de peligro la misma penalidad abstracta que para el delito lesivo, de manera que sobre el acusado recaiga la misma consecuencia jurídica cuando se ponga el bien jurídico en riesgo que cuando efectivamente se lesiona dicho bien jurídico. La Jurisprudencia mantiene como bien jurídico no la integridad física, sino la paz familiar⁸², pero

⁸² La Sentencia 1241/2010 de 26 de Julio de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid establece respecto del actual art. 153 que “el bien jurídico protegido, pues, no es la integridad física de los agredidos, sino la pacífica convivencia, la paz familiar, sancionando (decía la STS 662/2002, de 18 de abril (RJ 2002, 5562)) “aquellos actos que exteriorizaran una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”. De tal forma que si se acredita la existencia de un clima de terror generalizado, que implique hacer vivir a la víctima en un estado de agresión permanente, se cumple el tipo penal.” La Sentencia 92/2011 de 18 de Enero de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona establece que “la jurisprudencia precedente ha determinado con mayor o menor fortuna el bien jurídico protegido, y de todas las resoluciones dictadas al respecto por la Sala 2ª del TS debe destacarse la sentencia de 24/6/00 (RJ 2000, 5792) , que hace un detallado análisis de los antecedentes legislativos y con claridad expone en uno de sus pasajes algo que ahora nos interesa: «el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10 -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 - y en el derecho a la seguridad -art. 17 -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39. **Que a partir de la reforma de LO 11/2003, de 29 de septiembre el concurso de delitos no pueda darse, no implica que el objeto de protección haya sido modificado. Conforme a esta resolución el bien jurídico protegido es la paz familiar,** sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Quizá en la actualidad debamos poner el acento en la protección a la dignidad de la persona, de la persona que dentro del ámbito familiar, o derivado de ella, evitando que se consolide la dominación degradante, o que se la subyugue y se atente contra su integridad moral. En apoyo de tal tesis está la propia lógica del sistema penal, que **sólo puede justificar la tipificación agravada con la voluntad de prevenir un eventual futuro con acciones más graves, derivadas de la voluntad de degradar, subyugar o dominar a alguna de las personas a las que se refiere el precepto.** Esa es la línea que pretende el Legislador, pues en el proyecto de Ley Orgánica

curiosamente, en referencia y haciendo suyas las sentencias del Tribunal Supremo que se referían al bien jurídico del antiguo art. 153 Código Penal referido a la violencia habitual, y no al nuevo art. 153 Código Penal de maltrato o lesiones.

Finalmente, en cuanto al bien jurídico protegido en el art. 173-2 del Código Penal relativo a la violencia habitual, la doctrina tampoco es pacífica, teniendo en cuenta además el cambio de ubicación de dicho artículo desde su anterior tipificación como art. 153 bajo el Título III de las lesiones, a su nueva ubicación tras la reforma de la LO 1/2004 en el art. 173-2 bajo el Título VII de las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Así, para parte de la doctrina se defiende que el bien jurídico protegido es el mismo que en las lesiones, (sobre todo durante su primitiva ubicación entre dichos delitos)⁸³, el honor o la dignidad, o la integridad moral⁸⁴ (doctrina

Integral de Medidas contra la Violencia Ejercida sobre la Mujer, define esa violencia como la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder». En suma, para que las conductas integradas en el vigente art. 153 del CP puedan integrar el delito allí establecido y no las faltas que se describen, la acción deberá lesionar más allá de la integridad física y deberá ser instrumento de discriminación, dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende. En otro caso, la sanción penal deberá limitarse a la falta de lesiones, al maltrato o a la amenaza que definen los arts. 617 y 620 del CP.”

⁸³ Díez Ripollés, José Luis en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal Parte Especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes” Coords. José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, pág. 337. Cortés Bechiarelli, Emilio en “El delito de malos tratos familiares. Nueva Regulación” Editorial Marcial Pons, Valencia 2000, pág. 42. Para Gorjón Barranco, María Concepción en “La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia ‘cuasi-doméstica’ habitual”, Revista General de Derecho penal nº 19, 2013, pág. 28, “lo que se protege es el peligro cierto y directo que genera esa actitud en la salud o en la vida de la persona que lo padece”.

⁸⁴ En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 530. En el mismo sentido, Muñoz Sánchez, Juan en “El delito de violencia doméstica habitual” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 78. Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 137. Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en

mayoritaria), los dos bienes jurídicos recién mencionados⁸⁵, o la paz familiar⁸⁶.

Finalmente, una parte minoritaria de la doctrina, considera que el bien jurídico protegido es pluriofensivo, que protege junto a la libertad, la integridad física y la salud, la incolumidad personal y la integridad personal, y el equilibrio familiar⁸⁷.

“Derecho Penal Parte especial” 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 214, establece que “de forma inmediata, se tutela la dignidad de la persona, aunque mediatamente, también la salud, particularmente la psíquica”. Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en “Manual de Derecho penal Tomo II Parte especial” Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pág. 86, establecen que con “la reforma del precepto se ha desplazado la ubicación de la denominada violencia doméstica antes situada en el art. 153, en consideración a que el bien jurídico protegido no es tanto la integridad corporal o la salud, física o psíquica de la persona ofendida, como la propia dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; es decir, se trata de una modalidad delictiva contra la integridad moral”. Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 247 y 248 manifiesta que “en la línea que veníamos sosteniendo en las anteriores ediciones de esta obra, en que se aclaraba que las violencias habituales en el ámbito familiar no eran propiamente un delito de lesiones. El bien jurídico protegido no es la salud o la integridad corporal, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana”.

⁸⁵ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en “Derecho penal, Parte especial” 15ª edición, Dykinson Madrid, 2010, pág. 191, manifiestan que “El bien jurídico es muy complejo. No obstante se protege, además de la integridad corporal y la salud física o psíquica, la dignidad de la persona en el ámbito doméstico”.

⁸⁶ En este sentido, entre otros, Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 248; Garzenmüller Roig, Carlos en “El fiscal en la investigación de los delitos contra la violencia familiar”, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales III, Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 28, 29 y 30 de junio de 1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pág. 201; Del Moral García, Antonio en “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar: Aspectos sustantivos”, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 263; Moreno Verdejo, Jaime defiende la misma postura, consultar en “El concepto de habitualidad en el delito del art. 153 del código penal: aspectos procesales y sustantivos”, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 377.

⁸⁷ Quintero Olivares, Gonzalo en “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer”, Estudios Penales y Criminológicos vol. XXIX, Noviembre 2009, pág. 423. En el mismo sentido, Aránguez Sánchez, Carlos en “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP” en *Estudios penales en homenaje al*

También la jurisprudencia parece manifestarse a favor de la existencia de un bien jurídico pluriofensivo, en el que se incluiría la paz familiar⁸⁸.

profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid 2005, pág. 15. Acale Sánchez, María en “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en la *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 15, pág.31, establece que “Si se observa, dentro de este bien jurídico se estaba ofreciendo protección a dos realidades relacionadas entre sí, pero individualizables. En primer lugar, la del concreto miembro del ámbito familiar que recibía el acto individual de maltrato. Y, en segundo, el núcleo familiar en el que habitualmente se realizaban esos actos de maltrato. Desde la primera perspectiva, titular del bien jurídico lo era cada miembro de la unidad familiar que en su persona sufría las agresiones. Es decir, se trataba de un bien jurídico individual proyectado al ámbito familiar que era el que lo identificaba como propio. Desde la segunda, titular del bien jurídico lo era la unidad familiar que venía sufriendo asiduamente la repetición de actos de maltrato contra sus singulares miembros. En este caso el bien jurídico tenía una titularidad compartida proyectada hacia cada uno de los miembros del grupo familiar que estaban condenados a convivir en semejantes condiciones.”

⁸⁸ En este sentido, la Sentencia 1212/2006 de Octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece que “como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 927/2000 [RJ 2000, 5792] , 20/2001 [RJ 2002, 2631] , 687/2002 [RJ 2002, 5448] ó 261/2005 [RJ 2005, 7470], entre otras muchas), el delito que comentamos «es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión a partir precisamente de la vigencia del nuevo Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ». El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE [RCL 1978, 2836]), que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (de ahí su nueva ubicación sistemática en el Código) y en el derecho a la seguridad (artículos 15 y 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos, «ex» artículo 39 CE. Por ello, la autonomía del bien jurídico protegido, por cuanto la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados. Éstos sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, se trataría de un concurso de delitos y no de normas, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando comprobar la realidad de la situación denunciada, siendo irrelevante la protesta relativa al hecho de haber sido ya enjuiciadas las agresiones o su falta de denuncia o el tiempo transcurrido en relación con la prescripción de las mismas.” Pero es que incluso la sentencia 927/2000 de 24 de Junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establecía, antes de la Ley 1/2004 que “en efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional ; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado

Desde nuestro punto de vista, cada una de las diferentes conductas delictivas protege un específico bien jurídico que es común a otros delitos que tipifican idénticas conductas pero que no poseen la especial relación entre el sujeto activo y pasivo que convierte a dichos tipos penales en delitos de violencia en el ámbito familiar. Así, desde nuestra posición, los delitos de amenazas del art. 171-4 y 5, los delitos de coacciones del art. 172-2, y la falta de amenazas y coacciones del art. 620-2 inciso final, todos ellos del Código Penal, protegen el bien jurídico libertad; las conductas tipificadas en los artículos 153 y 148-4 y 5 del Código Penal protegen el bien jurídico integridad física/psíquica y salud; y las conductas tipificadas en el art. 173-2 del Código Penal protegen el bien jurídico integridad moral. No es objeto de esta tesis centrarse en los diferentes bienes jurídicos protegidos por cada uno de los tipos penales enunciados y

como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios. Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.” En el mismo sentido se pronunciaban las sentencias nº 761/2006 de 10 de Julio y nº 20/2002 de 10 de enero, todas del Tribunal Supremo. Por su parte, la Sentencia 725/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo recoge entre otros valores protegidos por el art. 173-2 Código penal, la integridad moral de la víctima, si bien en referencia a las sentencias ya mencionadas; “Precisándose en otras ocasiones (SSTS 927/2000, de 24 de junio [RJ 2000, 5792] ; 20/2001, de 22 de enero [RJ 2002, 2631]) que la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el art. 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y, especialmente, la integridad moral de las víctimas.”

que son comunes a los restantes delitos de lesiones, amenazas, coacciones o contra la integridad moral, siendo sin embargo el objeto central de estudio en este epígrafe la existencia o no de un bien jurídico común cuya protección une a todas estas conductas y las diferencia de otras conductas similares en función de los sujetos que cometen dichas conductas, de las especiales relaciones que existen entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, y por ende, de la finalidad última de una mayor protección más allá de la mera integridad física, la libertad o la integridad moral de las personas.

Así, en primer lugar habrá que determinar si efectivamente existe un bien jurídico común a todos estos delitos, y concretamente, el bien jurídico familia (que posteriormente procederemos a acotar y conceptuar), o si nos encontramos, en caso contrario, ante un mero agravamiento del tipo de injusto por la especial relación entre los sujetos activo y pasivo que conlleva una mayor punibilidad.

En una primera interpretación de la legislación actual parece entenderse que no existe un bien jurídico común a todos los delitos de violencia en el ámbito familiar, y que se desprendería de esa dispersión por los diferentes Títulos y Capítulos del Código Penal, de manera que los bienes jurídicos protegidos serían los de integridad física, libertad o integridad moral según el tipo penal que apliquemos. También parece oponerse a la concepción de un bien jurídico unitario parte de la jurisprudencia, que aplica de forma casi sistemática los arts. 173-2, 153, 171-4 y 5 y 172-2 del Código Penal, cuando se trata de los sujetos especificados en el art. 173-2, sin valorar si con la conducta se está lesionando un bien jurídico diferente a los bienes jurídicos básicos de la conducta en cuestión (integridad moral, libertad, integridad física) y que sería común a todos estos delitos, y que solo parece entender un bien jurídico pluriofensivo

en cuanto al art. 173-2 Código Penal, tal y como hemos mencionado anteriormente al referirnos a dicho artículo. Incluso la jurisprudencia más progresista que se resiste a la aplicación sistemática de artículos como el 153 del Código Penal⁸⁹, fundamenta la aplicación del art. 617-1 o 2 del mismo cuerpo legal en función de la concurrencia o no del elemento de dominación o machismo, es decir, del componente de desprecio por razón de género. Tampoco la doctrina recoge otro bien jurídico que el específico de cada conducta delictiva⁹⁰. Finalmente, parece apoyar la tesis de que en estos delitos no se protege otro bien jurídico común, y concretamente, el bien jurídico familia, el hecho de que el art. 173-2 del Código Penal recoge entre los supuestos de relaciones entre los sujetos activo y pasivo figuras que no pueden ser enmarcadas dentro de un concepto formal de familia como son las “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”, o que al menos no siempre pueden enmarcarse dentro de dicho concepto, como son los ex

⁸⁹ En este sentido, hay que mencionar la sentencia 662/2006 de 12 de Septiembre de la Sección nº 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece que “no supone calificar automática e inexorablemente todo lo que antes era falta como delito, dado que podrían darse situaciones (distintas a la enjuiciada), como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que **nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la plus punición contenida en el art. 153,1 del C.P . por resultar contraria a la voluntad del Legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger**”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la misma sección nº 953/2011 de 21 noviembre, las sentencias de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete nº 5/2012 de 20 enero y 136/2009 de 10 junio, o la sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia nº 234/2010 de 1 octubre. Se desprende por tanto que hay que excluir la aplicación de los delitos de violencia de género o en el ámbito familiar cuando los mismos están desconectados de situaciones de abuso, dominación, humillación, sometimiento o sojuzgamiento por razón de género, o en su caso, del más fuerte hacia el más débil.

⁹⁰ Por ejemplo, Manjón-Cabeza Olmeda, María en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 490, habla de cómo “las mayores críticas a esta Ley hacen referencia a que puedan aplicarse penas más graves, no en función de ataques más peligrosos al bien jurídico, sino en función de que el autor sea el marido o compañero y la víctima sea la esposa o compañera...”, y por tanto, no hay un planteamiento de una lesión a otro bien jurídico, sino la diferenciación de una mayor lesión al bien jurídico comúnmente aceptado de integridad física o moral, o libertad, frente a la especial relación entre los sujetos activos y pasivos.

cónyuges o ex parejas, y menores o incapaces convivientes o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Una lectura más detenida de la legislación nos permite interpretar, sin embargo, la posibilidad de que si exista un bien jurídico común a todos los delitos ya mencionados. En primer lugar, el art. 153-1 del Código Penal, encuadrado dentro del Título III del Libro II relativo a las lesiones, recoge como figura típica “el que por cualquier medio o procedimiento (...) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión...”. Tal conducta típica no supone *per se* la lesión del bien jurídico integridad física, salvo que consideremos que nos encontramos ante un delito de peligro y que por tanto la mera acción supone tal riesgo para el bien jurídico integridad física que ya en si misma considerada es merecedora de reproche penal⁹¹. Tal interpretación tendría difícil acomodo, por cuanto el propio art. 153-1 del Código Penal recoge también como conducta típica “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código...”, con idéntica penalidad. Ello supone la imposibilidad de considerar el maltrato como delito de peligro⁹², ya que no puede conllevar el mismo

⁹¹ Reproche penal que supone tipificar una conducta típica que de natural es considerada leve y que se tipifica dentro de las “Faltas contra las personas” en el art. 617-2 Código Penal, como un delito de lesiones merecedor de una pena de hasta 1 año de prisión, única y exclusivamente por la especial relación entre los sujetos activo y pasivo.

⁹² En este sentido, Acale Sánchez, María en “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, pág.32, quien manifiesta que “teniendo en consideración el bien jurídico protegido acabado de delimitar, ha de entenderse que el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del viejo art. 153 era un delito de lesión del bien jurídico y no meramente de peligro.” En contra, Boldova Pasamar, Miguel Ángel y Rueda Martín, María Ángeles en “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal Español”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, 2ª época, 2004, pág. 18, quienes expresan que “su estructura técnico-jurídica es la de un tipo de **peligro abstracto** para la salud e integridad personales. Dicho dato pone también de manifiesto el carácter independiente de este delito (art. 173.2) frente al

reproche penal y la misma penalidad la conducta que lesione efectivamente el bien jurídico, de la conducta que simplemente lo pone en riesgo. Por ello, la única interpretación posible respecto al merecimiento del mismo reproche penal de la conducta que lesiona el bien jurídico integridad física como el que no lesiona dicho bien jurídico, es que ambas conductas protegen un bien jurídico común y superior que sí resulta efectivamente lesionado por la mera conducta de maltrato, sin necesidad de la producción del resultado lesivo contra la integridad física⁹³. Dicho bien jurídico sería la familia, tal y como posteriormente desarrollaremos.

A favor de la consideración de un bien jurídico unitario y superior también se encontraría en la difícil explicación de que si el bien jurídico única y exclusivamente fueran la integridad moral, la integridad física/salud o la libertad, por qué las conductas de violencia en el ámbito familiar no se penan por los delitos básicos de referencia con la agravante genérica de parentesco del art. 23 Código Penal. La consideración de que en el delito de maltrato (art. 153 Código Penal) en el ámbito familiar la misma lesión con naturaleza leve contra el bien jurídico “salud” o “integridad moral” pueda conllevar que la conducta se tipifique como falta o como delito por una mera agravante que no supone lesión contra un bien jurídico, parece insostenible.

nuevo delito de lesiones, amenazas leves con armas y malos tratos (art. 153) dentro del mismo ámbito de personas, a lo que hay que añadir la consabida afección de la integridad moral que la violencia habitual puede llevar aparejada para las víctimas. Así pues, para la realización de este delito no es exigible la producción de ningún resultado, sea de lesiones u otro. Ni siquiera se requiere por el tipo un resultado material o de peligro concreto de un trato degradante.”

⁹³ Nos encontramos ante supuestos cercanos al delito de impago de pensiones del art. 227 del Código Penal, que transforma un mero incumplimiento de carácter económico de naturaleza civil en un delito penal, por la especial vinculación entre deudor-acreedor y el bien jurídico protegido por dicho artículo, que sería la protección de la familia. En este sentido, Torres Rosell, Nuria en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 597.

La única explicación posible entendemos que radica en que la consideración de que la conducta se tipifique como delito o como falta estriba en la especial lesión contra otro bien jurídico diferente al de la libertad, en este caso la familia. Si consideráramos que el bien jurídico protegido es únicamente la salud o la integridad moral nos encontraríamos con que la mayor protección al sujeto pasivo por la conducta realizada no se efectúa en función del bien jurídico protegido, sino de una mera cualificación, que es capaz de reconvertir una mera falta en delito con una pena prevista de hasta un año de prisión. La consideración de que el bien jurídico protegido es la familia permite entender que la mayor protección otorgada por el art. 153 Código Penal frente a una conducta que en otra circunstancia sería leve radica por su lesividad a un bien jurídico superior al de la salud o integridad moral, como es la familia. Esta consideración puede mantenerse incluso con los delitos de amenazas (art. 171-4 y 5 Código Penal) y de coacciones (art. 172-2 Código Penal) contra mujeres y personas especialmente vulnerables, en la consideración de que se sigue protegiendo a la familia, tipificando como delito y no como falta las conductas que aunque de ordinario leves, al producirse dentro del ámbito familiar contra sus miembros más vulnerables (vulnerabilidad que es necesario acreditar), y que en el caso de las mujeres se presume por el legislador en función de la discriminación histórica de las mismas⁹⁴.

⁹⁴ En este sentido, a pesar del tenor literal del precepto penal, cabe la interpretación lógico-sistemática y teleológica del mismo que solo cabe la tipificación a través del art. 171-4 y 5 o 172-2 Código Penal cuando se acredita esa situación de discriminación, vulnerabilidad o como se relaciona en algunas sentencias o parte de la doctrina, de machismo. Véase, Barreto Hernández, Carmen María en "Estudio y aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Especial referencia al ámbito de la función pública", Noticias Jurídicas, Diciembre 2006, disponible en Dialnet el 15.04-2013 pág. 5 y 6.

También a favor de considerar la existencia de un bien jurídico común y diferenciador respecto a todos los delitos de violencia en el ámbito familiar parece estar el hecho de que el art. 173-2 del Código Penal determine, al enumerar las relaciones entre sujetos activos y pasivos, junto a la consanguinidad y los lazos legales y/o afectivos, la convivencia para una parte importante de las figuras recogidas⁹⁵, y que por tanto establece que en tales supuestos lo importante no es solo la especial relación entre los sujetos activo y pasivo del delito, sino el hecho de que dicha relación se desenvuelve en un ámbito determinado, que es el familiar. Finalmente, la inclusión como tipo cualificado respecto de cada uno de los delitos de violencia en el ámbito familiar de cuando la conducta típica se realice quebrantando pena del art. 48 o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza parece también avalar la idea de la existencia de un bien jurídico común, toda vez que no se explica sino el por qué una conducta de por sí tipificada como delito contra la Administración de Justicia en el art. 468-2 del Código Penal, queda únicamente subsumida dentro del marco penal (en su mitad superior) de cada delito de violencia en el ámbito familiar cuando acompaña a éste, y no en otros delitos de lesiones, amenazas o coacciones, sino es precisamente por la lesión al bien jurídico familia como bien superior a defender por el ordenamiento jurídico y en la consideración de que el interés mayor a proteger en estos delitos no es la libertad o la integridad física ni moral, sino el ámbito donde dicha lesión se produce (la familia) y la especial desprotección de la víctima cuando el delito se produce en su entorno más privado y que a priori debería ser más seguro.

Asimismo, el hecho de que el legislador halla ubicado las diferentes conductas constitutivas de delitos de violencia en el ámbito familiar bajo los diferentes epígrafes

⁹⁵ Como son “menores o incapaces que con él convivan”, o “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”

de “integridad moral, libertad, etc...” no implican que éstos sean los únicos bienes protegidos, sino que ello a nuestro modo de ver obedece más bien a un modo de clasificación de los diferentes delitos por la conducta cometida y no por el bien jurídico protegido. Es más, el propio traslado del delito de violencia habitual desde su ubicación primitiva en el art. 153 Código Penal dentro del Título III relativo a las lesiones al art. 173-2 dentro del Título VII relativo a los delitos contra la integridad moral realizada en el año 2003 parece obedecer más a un criterio de ampliación de las conductas subsumibles en el tipo penal que a una declaración de intenciones sobre cuál es el bien jurídico protegido y de si éste es único o pluriofensivo, de modo que puedan integrarse más fácilmente en dicho tipo penal conductas como las amenazas, las coacciones o las vejaciones injustas.

Finalmente, tampoco se explica sin la existencia de la consideración de un bien jurídico superior a la integridad moral el hecho de que para la consideración de la habitualidad del art. 173-2 Código Penal, la violencia pueda ser dirigida no solo contra la misma víctima, sino contra diferentes víctimas. Si mantuviéramos la consideración de que el bien jurídico protegido en el art. 173-2 fueran la salud o la integridad moral, no cabría apreciar la habitualidad cuando las conductas delictivas se dirijan contra diferentes víctimas, ya que el bien jurídico salud o integridad moral ya quedarían suficientemente protegidos con la aplicación por cada conducta individualmente considerada de los artículos 153, 171-4, 172-2 o 620-2 inciso final. Que pueda apreciarse como habitual cuatro delitos del art. 153 Código Penal cometidos por un mismo sujeto activo contra cuatro sujetos pasivos diferentes a penar además por el art. 173-2 Código Penal solo tiene explicación desde la consideración de la grave perturbación que la suma de los cuatro delitos tienen en el ámbito familiar,

y que supone una lesión al bien jurídico común (la familia) que trasciende el hecho aislado, perturbando y lesionando el bien jurídico no solo en el momento de cada una de las conductas, sino de forma continuada a través del miedo y la continua sensación de que en cualquier momento puede haber otro estallido de violencia, desequilibrando las relaciones intrafamiliares e invirtiendo la sensación de protección y seguridad que debe proporcionar la familia, por la de continua amenaza.

A nuestro modo de ver, el legislador ni siquiera se ha planteado de manera seria y coherente el bien jurídico protegido por los tipos penales desarrollados en el Código Penal⁹⁶, legislación que reiteramos es errática, confusa y que ha sido sumamente cambiante en un corto espacio de tiempo, y que aún hoy plantea numerosos interrogantes⁹⁷. Ello no obsta para que, atendiendo a una interpretación teleológica y lógico-sistemática del articulado penal, no podamos considerar (y nosotros efectivamente lo consideramos), la existencia de un bien jurídico común, diferenciador y superior en los delitos analizados de violencia en el ámbito familiar. Común porque dicho bien jurídico es el elemento vertebrador de los delitos de violencia en el ámbito familiar, el interés a proteger por encima de las especiales formas que adopte la conducta lesiva contra dicho bien. Diferenciador, porque permite extraer y distinguir las diferentes conductas de conductas análogas penadas como delitos de lesiones, amenazas o coacciones y que permitirían su ubicación extra-

⁹⁶ Sin perjuicio de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003 que se refiere vagamente al bien jurídico únicamente haciendo referencia a que “se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.”

⁹⁷ Todavía está sin resolver de la problemática suscitada por la consideración de la especial relación de los sujetos activos y pasivos a efectos penales en cuanto a su integración en la relación contenida en el art. 173-2 del Código Penal, y a efectos procesales en cuanto al derecho o no a no tener que declarar en el proceso penal, y por tanto, la posibilidad de dos concepciones de familia diferentes respecto a una misma relación en un mismo proceso.

capitular, para la justificación de su mayor penalidad, y para el mejor esclarecimiento y concreción de los diferentes elementos del tipo penal excluyendo de los tipos penales aquellas conductas que no supongan una lesión a la familia⁹⁸. Y superior, por cuanto la gravedad de la conducta tipificada que ha permitido considerar hechos de naturaleza leve en función de la lesión a los otros bienes jurídicos protegidos como graves, con una penalidad muchísimo más gravosa y que solo se explica por la lesión a un bien jurídico al que el ordenamiento jurídico ha dado mayor importancia y mayor merecimiento de protección.

Una vez establecido por nuestra parte la existencia del bien jurídico familia como bien jurídico común, diferenciador y superior, la problemática se plantea en cuanto a la conceptualización, concreción y delimitación de dicho bien jurídico. Como hemos visto en el epígrafe anterior, dicho término es confuso y está lejos de concretarse y delimitarse por la legislación actual, y dicha confusión afecta directamente a cómo interpretar qué conductas pueden y/o deben subsumirse dentro de los diferentes tipos penales actualmente existentes⁹⁹ en función de si tales

⁹⁸ En este sentido, se plantea la duda de si deberían quedar fuera del concepto de familia y por ende, del artículo 173-2 como delito de violencia en el ámbito familiar, sin perjuicio de su tipificación dentro de los delitos contra la integridad moral “las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”. Igual duda se plantea sobre los ex cónyuges y ex parejas, por cuanto ya no existe vínculo afectivo ni legal entre los mismos.

⁹⁹ Ya hemos mencionado anteriormente y a estos efectos, como existe una jurisprudencia minoritaria que está requiriendo, a efectos de determinar si procede subsumir la conducta dentro del art. 153 (lesiones leves o maltrato en el ámbito familiar) o del art. 617-1 o 2 (lesiones leves o maltrato genéricas) del Código Penal, el componente de dominación o discriminación, entendiéndose que cuando no concurre este último, la conducta debe subsumirse dentro de la falta de lesiones. En este sentido, la sentencias nº 953/2011 de 21 noviembre y 662/2006 de 12 de Septiembre de la Sección nº 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, las sentencias de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete nº 5/2012 de 20 enero y 136/2009 de 10 junio, o la sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia nº 234/2010 de 1 octubre.

conductas lesionan o ponen en peligro el bien jurídico familia además de los particulares de integridad física, libertad o integridad moral.

Partiendo desde la definición dada del concepto de familia en el ámbito jurídico-penal, podemos considerar el bien jurídico familia como grupo de personas unidos por lazos de consanguinidad o por lazos legales y/o de afectividad, en la que sus integrantes se desenvuelven, desarrollan y expresan libremente su personalidad y se interrelacionan en su ámbito más íntimo y personal, y en el que tienen derecho a sentirse seguras, protegidas y amparadas por los demás miembros familiares, y en el que asimismo mantienen la obligación de dar seguridad, protección y amparo al resto de miembros de su familia. Por ello, los actos de violencia, amenazas, etc., afectan no solo a la víctima sobre la que recae directamente la conducta, sino a todo el entorno familiar -la paz familiar-, que ve afectada su conducta y las interrelaciones personales con el resto de integrantes de un modo indirecto pero intenso. Si cada acto delictivo afecta a toda la sociedad, dado las reducidas dimensiones y lo privado e íntimo de la micro-sociedad que supone la familia para el desarrollo individual, la afectación es por tanto proporcionalmente más intensa, desequilibrando de forma notable e inmediata el entorno de desenvolvimiento personal, afectivo, social e incluso económico de cada uno de los integrantes del núcleo familiar.

Asimismo, solo nos encontraremos ante un delito de violencia en el ámbito familiar cuando exista una auténtica lesión del bien jurídico familia materialmente así considerado, y no meramente cuando objetiva y formalmente exista alguna de las formas de relación contenidas en el art. 173-2 del Código Penal pero mediante la conducta no se produzca un ataque o lesión al bien jurídico familia, debiendo

subsumirse en todo caso la conducta dentro de los tipos penales básicos de lesiones, amenazas o coacciones con la agravante genérica en su caso de parentesco, de modo que suponga un límite al *ius puniendi* del Estado y sirva de referencia a la hora de determinar qué conductas suponen una lesión lo suficientemente grave como para merecer un mayor reproche y una mayor penalidad que otras conductas análogas. Tal criterio, sin embargo, aún está lejos de aplicarse y extenderse jurisprudencialmente.

Es obligado hacer referencia a varios de los sujetos pasivos referidos en el art. 173-2 del Código Penal, por cuanto si los mismos quedarían o no integrados dentro del concepto de familia, y en su caso, si están amparados por el mismo bien jurídico.

En cuanto a los “menores o incapaces (...) que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente”, no existen problemas en considerarlos materialmente familia, por cuanto menores o incapaces son precisamente los miembros más necesitados de protección, y su pertenencia familiar respecto de sus progenitores/tutores¹⁰⁰ va más allá de la mera convivencia con éstos. La extensión del concepto familia a los cónyuges o convivientes de los progenitores/tutores es la consecuencia lógica de proteger a los menores o incapaces frente a ataques de personas especialmente vinculadas familiarmente con los especialmente obligados a otorgar protección, seguridad, afecto y facilidades para el propio desarrollo personal del sujeto pasivo. La relación legal/afectiva de un sujeto con otro, y la asunción por tanto de pertenencia a una familia con el mismo, se extiende a

¹⁰⁰ Progenitores, guardadores, tutores, curadores, acogedores o cualquier otra vinculación de las contenidas en el art. 173-2 Código Penal

los restantes sujetos especialmente vinculados con éste por su minoría de edad o incapacidad, en tanto y en cuanto éstas circunstancias perduren.

En cuanto a “las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados”, tampoco existen problemas para su consideración como familia desde un punto de vista material, por cuanto el tipo penal se prevé respecto de los cuidadores¹⁰¹, los cuales suplen y en consecuencia se constituyen en la “familia” de dichas personas, el entorno afectivo, emocional, social y de seguridad y protección de los mismos, y el entorno en que se produce su desarrollo íntimo y personal. Por tanto, analógicamente hablando, pasan a ser desde una concepción material, la familia de dichas personas especialmente vulnerables¹⁰².

Finalmente, mayores problemas nos plantea la consideración de familia de ex cónyuges y ex parejas de hecho o figuras análogas, toda vez que por el propio enunciado del art. 173-2 Código Penal, implica que ya no existe un vínculo entre los sujetos activo y pasivo. Podemos sin embargo justificar que el bien jurídico protegido

¹⁰¹ En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 532, establece que “el atentado contra su integridad moral procederá de los sujetos que prestan sus servicios en tales centros”.

¹⁰² Acale Sánchez, María en “Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en la *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 15, pág. 45, acepta la similitud de esta relación con la familiar, si bien aboga por una regulación específica fuera del ámbito de los delitos familiares, manifestando que “es muy similar a los lazos que existen entre los miembros de una misma familia. En relación con este supuesto ha de aclararse que si bien es positiva su inclusión en el Código, sin embargo, la solución pasaba por crear un tipo específico e independiente en el que se tuviera en consideración la situación de dependencia y subordinación, como ocurre en el Código penal alemán (art. 223.b).”

sigue siendo la familia siempre y cuando las conductas que integran los tipos penales traigan causa no solo de la especial relación familiar habida entre ellos, sino que además supongan un ataque directo a dicha familia encaminado a perturbar precisamente la llamada “paz familiar”, atente directamente contra el libre desarrollo de la personalidad y la afectividad del sujeto pasivo en su ámbito privado, y cuando, como se expresa en la propia Ley Integral de Violencia de Género en su artículo 1, la conducta delictiva se realice “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...”, si bien nosotros entendemos que no necesariamente tiene que ser del hombre sobre la mujer, sino de un cónyuge sobre el otro.

De este modo, quedarían integradas conductas como el ex cónyuge que amenaza, coacciona o lesiona al otro ex cónyuge por no asumir la ruptura matrimonial, o que el ex cónyuge inicie nuevas relaciones de pareja, o que otra figura pueda suplantar su figura paterna/materna, por poner algunos ejemplos. Y del mismo modo, quedarían excluidas meras conductas de disputa sobre condiciones banales de divorcio o separación, disputas laborales, sociales o económicas.

Esta consideración del bien jurídico nos permite:

-La reclasificación y reagrupación de los diferentes delitos de violencia en el ámbito familiar dentro de un mismo Título o Capítulo del Código Penal.

-Distinguir entre las diferentes conductas que objetiva y formalmente pudieran integrar tanto los delitos de lesiones, amenazas, coacciones o violencia habitual de los

subsiguientes delitos de violencia en el ámbito familiar, en función de si dichas conductas suponen o no un ataque al bien jurídico familia, de manera que cuando no exista una lesión al bien jurídico familia dichas conductas integraran los tipos correspondientes de lesiones, amenazas o coacciones con la agravante en su caso de la circunstancia mixta de parentesco.

-Evitar los problemas planteados por el mantenimiento de un punto de vista que considera toda violencia contra la mujer como violencia de género, y toda conducta contra un miembro del núcleo familiar como conducta constitutiva de violencia en el ámbito familiar, permitiendo acomodar las diferentes conductas contra cualquier miembro del núcleo familiar al principio de proporcionalidad y de igualdad, en función de su lesión al bien jurídico familia, y asimismo, en función de la concurrencia o no de la agravante de género, sin perjuicio de que la misma sea contra mujer, hombre o transexual (homosexual o hermafrodita) . El género no solo no se constituye como bien jurídico a proteger sino que tampoco forma parte del tipo penal, configurándose como agravante respecto de una conducta genérica que protege a la familia de la violencia intrafamiliar en cualquiera de sus modalidades.

-Acotar los sujetos activo-pasivos que pueden integrar los tipos penales de violencia en el ámbito familiar desde una concepción material de familia que se ajusta a la realidad social y criminológica existente y no en función de una concepción formal, patriarcal y arcaica de dicho término.

2-3 Violencia de género. Sobre la diferencia entre género y sexo, y el redescubrimiento del concepto más allá de la mujer.

Existe una tendencia generalizada a identificar violencia de género como violencia contra la mujer¹⁰³, la cual es además denominada de múltiples formas que tratan de potenciar la especial gravedad de su conducta, con expresiones tales como “violencia machista” o “terrorismo doméstico”. Asimismo, existe la misma tendencia, una vez equiparada violencia de género como violencia contra la mujer, a considerar violencia de género solo como la ejercida hacia la mujer por su cónyuge o pareja, excluyendo del término “género” la ejercida contra la mujer incluso por quien no es cónyuge o pareja¹⁰⁴. Como veremos, dicha acotación e identificación del concepto de violencia de género al concepto de violencia contra la mujer ejercida por el cónyuge o pareja (y excónyuge y expareja) no solo es erróneo a meros efectos semánticos, sino

¹⁰³ A estos ejemplos, la propia resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU en la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” parece identificar violencia de género y violencia contra la mujer, toda vez que en su art. 1 establece que “A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Aunque no menciona ni en este artículo ni en el preámbulo el término “género”, lo cierto es que no diferencia entre distintos tipos de violencia, considerando igual de graves todos los actos de violencia contra las mujeres sin la consideración o no de si se trata violencia de género.

¹⁰⁴ La propia Ley 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género ayuda a mantener la confusión por cuanto por su propia nomenclatura parece indicar que va destinada únicamente a la violencia de género, cuando la realidad es que recoge violencia contra las mujeres y contra las personas especialmente vulnerables. Asimismo, dicha ley recoge en su Exposición de Motivos que la violencia de género “se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. En su art. 1 se recoge que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

que conlleva graves consecuencias jurídicas e incluso sociales, ya que impide un tratamiento legal eficaz, justo y proporcionado de la violencia de género en todas las facetas en que esta se muestra, e impide proporcionar los mecanismos adecuados (jurídicos –a nivel penal, civil o administrativo– y extrajurídicos –sociales–) para su solventación¹⁰⁵.

Para una primera definición de género acudiremos a la R.A.E., en la cual viene definido como:

“género. (Del lat. *genus, genēris*).

1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.**2. m.**

Clase o tipo a que pertenecen personas o cosas. *Ese género de bromas no me gusta*
~ **femenino.**

1. m. *Gram.* En los nombres y en algunos pronombres, rasgo inherente de las voces que designan personas del sexo femenino, algunos animales hembra y, convencionalmente, seres inanimados.

2. m. *Gram.* En algunos adjetivos, determinantes y otras clases de palabras, rasgo gramatical de concordancia con los sustantivos de **género** femenino.

~ **masculino.**

¹⁰⁵ A efectos ilustrativos, mencionaré como por ejemplo los dispositivos de control de las ordenes de alejamiento (las denominadas pulseras) están previstas únicamente para que sean impuestas respecto de las mujeres víctimas de violencia por parte de sus maridos. Existen negativas por parte de la Administración a imponer los dispositivos de control incluso aunque la víctima sea hija del agresor menor de edad, con un mayor nivel de desprotección en muchos casos que cuando la víctima es la esposa del agresor, ya que a veces la madre de la menor se niega no solo a declarar contra la esposa o a defender a la menor, sino que favorece el encuentro entre víctima y agresor.

1. m. *Gram.* En los nombres y en algunos pronombres, rasgo inherente de las voces que designan personas del sexo masculino, algunos animales macho y, convencionalmente, seres inanimados.

2. m. *Gram.* En algunos adjetivos, determinantes y otras clases de palabras, rasgo gramatical de concordancia con los sustantivos de **género** masculino.”

De esta definición se desprende que el concepto de género no se corresponde exactamente con el concepto de sexo. A estos efectos, la propia R.A.E. respecto al término “género” se pregunta si “esta expresión es adecuada en español desde el punto de vista lingüístico y si existen alternativas que permitan sustituirla con ventaja y de acuerdo con otras fórmulas de denominación legal adoptadas por países pertenecientes al área lingüística románica y con el uso *mayoritario* de los países hispanohablantes”¹⁰⁶. La R.A.E. establece que género¹⁰⁷ se define como clase o tipo, y que para seres vivos debe utilizarse el término “sexo”, teniendo en cuenta además que dicho término “no reduce su sentido al aspecto meramente biológico”¹⁰⁸. Continúa el

¹⁰⁶ “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004

¹⁰⁷ El término género identificado como sexo de un individuo, según el “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004, proviene del término anglosajón “gender”, y que conlleva connotaciones diferenciales a nivel social y cultural que no se adscriben el término sexo.

¹⁰⁸ “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004. En este sentido, Carlos Lomas en “Ni víctimas ni verdugos” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 28, el cual manifiesta que “el sexo no es el género. El sexo es un efecto del azar biológico y, salvo excepciones, no cambia en la vida de las personas. El género es el efecto en cada sexo de una retahíla de mediaciones subjetivas y de influjos culturales y está sometido a la voluntad humana y en consecuencia al cambio. El sexo es inmutable, el género está abierto a aprendizajes diversos, a transgresiones íntimas y a subversiones públicas. El sexo alude a la diferencia biológica, el género alude a los significados culturales asignados a mujeres y a hombres y a las maneras aceptadas socialmente de ejercer la feminidad y la masculinidad. El género es una serie de códigos que invitan a leer y a entender el mundo de una determinada manera. Sin embargo, está abierto a otras lecturas y a

informe de la R.A.E. estableciendo los diferentes usos utilizados en lengua hispana para referirse a la violencia familiar, con expresiones tales como violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de género, violencia contra las mujeres, violencia con discriminación por razón de sexo, violencia familiar y violencia de pareja.

Prosigue estableciendo el uso arraigado en nuestro idioma del término violencia doméstica y la ventaja que plantea “de cara a una «Ley integral» la expresión *violencia doméstica*, tan arraigada en el uso por su claridad de referencia, tiene precisamente la ventaja de aludir, entre otras cosas, a los trastornos y consecuencias que esa violencia causa no solo en la persona de la mujer, sino del hogar en su conjunto, aspecto este último al que esa ley específica quiere atender y subvenir con criterios de transversalidad.”¹⁰⁹ Propone finalmente, que puesto que la expresión

otras interpretaciones.” En la pág. 34 continua diciendo que “En el ámbito de la investigación sobre las identidades humanas, el *género* es el efecto en las personas de un complejo proceso social que transforma una diferencia biológicamente determinada (macho/hembra) en una distinción cultural (hombre/mujer) y a menudo en una desigualdad personal y social entre unos y otras.” También Jiménez Cortés, Rocío en “Aportaciones metodológicas a la investigación sobre género en educación” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 66, se pronuncia diciendo que “así, el concepto de “género”, expuesto por Joan Scott en 1986, ha permitido desde entonces, entender y analizar las relaciones sociales entre hombres y mujeres como unas relaciones construidas históricamente a través de una serie de factores (modelos de representación de género, estereotipos, poder, ...). (...) Desde el momento en que se establecen las dimensiones analíticas del género y, se reivindica, con ello, que las condiciones de vida de mujeres y hombres no se deben, exclusivamente, a sus características biológicas, las aportaciones derivadas de la investigación educativa, se convierten en el principal punto de mira sobre el que articular las pautas que intervienen en la construcción de las diferencias y desigualdades genéricas.” En este sentido también Álvarez, Ofelia en “El enfoque de género y la violencia contra las mujeres: aproximación al análisis de los conceptos” en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer volumen 3 nº 1*, Centro de Estudios de la Mujer, Caracas 2006

¹⁰⁹ “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004

violencia doméstica¹¹⁰ deja fuera la violencia ejercida contra la pareja no conviviente, debe incluirse dentro de la nomenclatura la expresión “o por razón de sexo”¹¹¹.

Gran parte de la doctrina penal, sociológica y criminológica también parece identificar violencia de género como violencia contra las mujeres. Desde el punto de vista de la sociología y la psicología, A. Andrés Pueyo, S. López, y E. Álvarez, ya manifiestan que “la violencia de género agrupa todas las formas de violencia que se ejercen por parte del hombre sobre la mujer en función de su rol de género: violencia sexual, tráfico de mujeres, explotación sexual de las mismas, mutilación genital, acoso laboral, etc. independientemente del tipo de relaciones interpersonales que mantengan agresor y víctima que a veces son de tipo sentimental, familiar, de vecindario o inexistentes”¹¹². Para Pere Amorós, María José Rodrigo López, Trinidad Donoso y M^a Luisa Máiquez, parafraseando a Alberdi, “se entiende como violencia contra la mujer o violencia de género “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o

¹¹⁰ En cuanto a las diferencias entre el concepto de violencia doméstica y el de violencia de género, Lorenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración política-criminal” en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005, pág. 4 y 5 manifiesta que “de ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos. Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice de modo claro que se trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano.”

¹¹¹ “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004.

¹¹² Pueyo, A. Andrés; López, S.; y Álvarez, E. en “Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA”, en *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29(1), Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV). Facultad de Psicología-Universidad de Barcelona, pág. 108.

real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada” (ONU, 1995). Dicha violencia se manifiesta con mayor frecuencia dentro de las relaciones familiares, y de manera especialmente grave, dentro de la pareja. Sin embargo, la violencia se extiende más allá de los límites de la familia y del matrimonio, ya que afecta también a las mujeres que conviven sin formalizar su relación, así como a las que no han comenzado aún la convivencia o ya se han separado (Alberdi, 2005)”¹¹³.

Ivana Beatriz Otero, al hablar de los diferentes métodos de asistencia a mujeres, mencionada como “en la segunda concepción, se parte del punto de vista de la teoría de género; por lo tanto, aunque también se incluye lo social, las intervenciones se centran en lo específico de la violencia hacia las mujeres”¹¹⁴. El Foro Mundial contra la Violencia hacia la Mujer llega a incluir la violencia doméstica dentro de la violencia de género, al recoger que “la Violencia Doméstica es una forma particularmente insidiosa de la Violencia de Género. En el lugar donde las mujeres y niñas deberían sentirse más seguras, la familia, es donde a menudo sufren el terror, del abuso físico,

¹¹³ Amorós, Pere; Rodrigo López, María José; Donoso, Trinidad; y Máiquez, María Luisa en “Diseño de materiales para la formación en género. El programa de apoyo psicosocial para mujeres” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 37 y 38

¹¹⁴ Beatriz Otero, Ivana en “Mujeres y violencia. El género como herramienta para la intervención”, en *Política y Cultura nº 32*, 2009 pág. 111. Más adelante, sin embargo, la propia autora señala la problemática que existe al adoptar una posición “de género”, al establecer en la pág. 114 del mismo artículo como “todo esto evidencia que al confundir el trabajo con mujeres con la utilización de la perspectiva de género se corre el riesgo de omitir la complejidad de las relaciones de poder que subyacen a la construcción de la subjetividad de las mujeres y reproducir sin cuestionamientos los mismos estereotipos que las oprimen.”

psicológico, sexual y económico”¹¹⁵. Por lo tanto, está considerando que la única violencia doméstica existente es la violencia de género, al incluirla como un sub-tipo de la misma.

Ferrer Pérez y Bosch Fiol¹¹⁶ parten de la propia definición de violencia de género dada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1993 (Res. A.G. 48/104, ONU, 1994) por la cual “la *violencia contra las mujeres o violencia de género* se define como: “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”, y por tanto parten de la premisa de equiparar violencia de género como violencia contra la mujer. Las propias autoras reconocen las confusiones terminológicas que conllevan las diferentes denominaciones de la violencia¹¹⁷, para finalmente denominar a la violencia ejercida sobre las mujeres por sus parejas/cónyuges o exparejas como “maltrato hacia las mujeres”. Por su parte, Díaz Pérez y Ix-chel Vázquez González¹¹⁸ al hablar de la violencia contra las mujeres en el

¹¹⁵ Foro Mundial contra la Violencia hacia la Mujer, Dictamen Final: Violencia Doméstica. Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia, Valencia 2000.

¹¹⁶ Ferrer Pérez, Victoria A. y Bosch Fiol, Esperanza en “Introduciendo la perspectiva de género en la investigación psicológica sobre violencia de género” en *Anales de psicología volumen 21 nº 1*, 2005, pág. 1 y 2 .

¹¹⁷ Ibidem, pág. 2, quienes aseveran que “la forma más común de violencia contra las mujeres es la denominada violencia doméstica o maltrato (físico, psicológico y/o sexual) ejercido contra las mujeres por su pareja o ex – pareja íntima”.

¹¹⁸ Díaz Pérez, Guillermina y Vázquez González, Natalia Ix-chel en “Voces ocultas, voces escuchadas: género y violencia, un fenómeno a estudiar” en *Feminismo/s 9*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2007, pág. 139 a 151.

ámbito familiar lo hacen refiriéndose a la misma como una forma de dominación del hombre hacia la mujer, sin establecer diferencias entre los distintos tipos de violencia hacia las mujeres en dicho ámbito, con lo que de facto están equiparando violencia de género y violencia contra la mujer.

También desde el punto de vista de la criminología encontramos autores que identifican toda violencia contra la mujer como violencia de género. A estos efectos Fernández Teruelo¹¹⁹, al analizar los feminicidios de género y utilizar como base de estudio la totalidad de los homicidios sufridos por mujeres a manos de sus parejas considerando la totalidad como feminicidio de género, sin analizar las causas últimas del homicidio y la comprobación de que éstos fueron cometidos precisamente por la condición de mujer de la víctima como acto último de machismo, dominación o desprecio hacia la mujer como tal, está equiparando tácitamente la violencia contra la mujer con la violencia de género.

Sin embargo, nos encontramos que criminológicamente sí existe y se acoge la diferenciación de género y se aplica el mismo tanto al hombre como a la mujer, cuando se considera no desde el punto de vista del sujeto pasivo, sino desde el punto de vista del sujeto activo. Desde esta consideración, sí se distinguen los delitos en función del género, según el sujeto activo sea hombre y mujer, a efectos de determinar cuáles delitos son más prevalentes en uno u otro género¹²⁰.

¹¹⁹ Fernández Teruelo, Javier Gustavo en “Feminicidios de género: Evolución real del fenómeno, el suicidio del agresor y la incidencia del tratamiento mediático” en *Revista española de Investigación Criminológica* art. 1 nº 9, 2011, pág. 1 a 27.

¹²⁰ En este sentido, véase Romero Mendoza, Martha y Aguilera Guzmán, Rosa María en “¿Por qué delinquen las mujeres? Perspectivas teóricas tradicionales. Parte I” en *Salud Mental Volumen 25 nº 5*, octubre de 2002, disponible en internet el 25-05-2013. Las autoras hacen un recorrido sobre las teorías tradicionales existentes en torno a los factores que influyen en la

Desde la doctrina penal, también existe la equiparación y confusión de los términos de violencia de género y violencia contra la mujer. Carmen Armendáriz León y Pilar Mirat Hernández¹²¹ definen la violencia de género como “cualquier acto de violencia sufrido por una mujer por su pertenencia al género femenino”. La práctica total de los Manuales de Derecho Penal Parte Especial¹²² y de la doctrina en general¹²³ se pronuncian en idéntico sentido, sin ahondar en una auténtica definición de género, y de si el Código Penal y la L.O. 1/2004 utilizan correctamente el concepto de género y si actúan en consecuencia frente al correcto significado de la palabra. En este sentido se suele utilizar indistintamente violencia contra la mujer cometida por el marido-

delincuencia femenina, de forma diferenciada a la masculina. Las mismas autoras, en “¿Por qué delinquen las mujeres? Parte II. Vertientes analíticas desde una perspectiva de género”, en *Salud Mental Volumen 26 nº 1*, 2003, pág. 32, manifiestan que “el problema de la mujer delincuente dentro del campo de la criminología se ha vuelto cada vez más evidente. Sin embargo, las teorías tradicionales sobre las causas de la delincuencia se han desarrollado básicamente a partir de la experiencia masculina. Estos hallazgos dan poca cuenta de los aspectos tan peculiares que se aprecian en la experiencia y delincuencia femeninas. (...) En este trabajo se describe y analiza desde la perspectiva de género la criminalidad femenina, tomando en consideración para ello cuatro ejes analíticos: poder, controles, violencia y equidad.”

¹²¹ Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en V.V.A.A. “La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)” en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters 2011, pág. 1169 y 1170

¹²² También en este sentido se pronuncian los diferentes manuales, que toman como referencia el art. 1 de la Ley, véase; Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011 pág. 489 a 493; Luzón Cuesta, José María en “Compendio de Derecho penal Parte Especial” Dykinson S.L. Madrid, 2011, pág. 57; Cardona Torres, Juan en “Derecho Penal Parte Especial” Editorial Bosch S.A., Comte d’Urgell 2010, pág. 95; Alonso Escamilla, Avelina en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial” Coord. Carmen Lamarca Pérez, 6ª edición Colex, 2011, pág. 83 y 84.

¹²³ En este sentido, Barreto Hernández, Carmen María en “Estudio y aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Especial referencia al ámbito de la función pública”, en **Noticias Jurídicas**, 2006, disponible en Dialnet el 8-04-2013

pareja (y los ex) como violencia de género. Gorjón Barranco¹²⁴, en su tesis sobre la violencia de género, ya establece lo equivocado del término “género”, pero acepta su uso a falta de un término mejor. En todo caso, se refiere a violencia de género como violencia contra la mujer¹²⁵, por el mero hecho de ser mujer, en una sociedad eminentemente Patriarcal. También Montalbán Huertas¹²⁶, que sí reflexiona sobre la conveniencia de diferenciar violencia de género en el ámbito de la pareja, violencia de género y violencia doméstica, se refiere a las dos primeras única y exclusivamente la ejercida contra las mujeres. García González¹²⁷ entiende que hay dos tipos de violencia de género; la que se produce por parte del hombre hacia la que es o ha sido su esposa, y la que se produce por cualquier hombre contra cualquier mujer como “una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

Legislativamente hablando, la Ley 1/2004 identifica violencia de género como violencia contra la mujer en el ámbito conyugal, pero sin embargo, no encontramos

¹²⁴ Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 203, manifiesta que “efectivamente puede que la palabra género no sea la más apropiada por carecer en nuestra cultura de tal significación y, resulte una mala adaptación de una palabra anglosajona, pero de alguna manera se encuentra justificado su uso en la necesidad de poner nombre a lo que no lo tiene, y ese es el motivo por el que aceptamos el término pese a lo poco acertado el mismo: porque da significado al entramado estructural en el que se asienta el fenómeno que aquí estudiamos.”

¹²⁵ Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 203. La violencia de género “engloba toda aquella violencia ejercida contra la mujer por el simple hecho de ser mujer, tanto dentro como fuera del hogar”.

¹²⁶ Montalbán Huertas, Inmaculada en “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 109 y 110.

¹²⁷ García González, Javier en “La violencia de género en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 61 y 62.

un trato desigual entre los diferentes sexos en la aplicación del art. 22-4 del Código Penal (“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a (...) su sexo, orientación o identidad sexual...”) ¹²⁸. El trasfondo de dicha agravante se encuentra en la idea de la discriminación y no trae causa, como se consideraba que ocurría en la legislación vigente hasta la reforma de 1983, de la situación de dominación o menosprecio ¹²⁹ hacia la mujer. No hace distinciones de si la agravante de discriminación lo es frente a un hombre o una mujer, e incluso hace referencia a la orientación sexual, y tras la reforma 5/2010, a la identidad sexual. Pero la diferencia de trato entre la consideración del sexo/género entre los delitos relativos a la violencia en el ámbito familiar y la agravante de discriminación por razón de sexo, orientación e identidad sexual si echan más leña al fuego a efectos de la consideración de si la violencia de género lo es solo contra la mujer, como parece desprenderse a simple vista de los delitos de violencia familiar ¹³⁰,

¹²⁸ Sí se consideró hasta 1983 que la agravante de “desprecio por razón de sexo” que se recogía hasta la reforma efectuada en dicho año conllevaba una “tácita afirmación de inferioridad de la mujer frente al hombre”, como se recoge en Prats Ganut, Josep Miquel en V.V.A.A. “Comentarios al nuevo Código Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, Coord. Fermín Morales Prats, 4ª Edición Thompson Aranzadi, 2005, pág. 254.

¹²⁹ Prats Ganut, Josep Miquel en V.V.A.A. “Comentarios al nuevo Código Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, Coord. Fermín Morales Prats, 4ª Edición Thompson Aranzadi, 2005, pág. 255. En el mismo sentido, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes en “Derecho Penal Parte General”, Tirant Lo Blanch 8ª edición, Valencia 2010, pág. 491; y Mir Puig, Santiago en “Derecho Penal Parte General” 9ª Edición Editorial Reppertor, Barcelona 2011, pág. 639 y 640.

¹³⁰ Coll-Plans, Gerard; García-Romeral, Gloria; Mañas Rodríguez, Carmen; y Navarro-Varas, Lara en “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión”, Papers: Revista de Sociología nº 87, 2008, pág. 190, disponible en dialnet.unirioja.es el 08-04-2013, ya exponen como a pesar de que la ley utiliza el término género “las medidas han sido formuladas refiriéndose al sexo de las víctimas (es decir, a las mujeres) en lugar de al género (que tendría que proteger a las personas en situaciones de subordinación respecto a su pareja independientemente del sexo de ambos). Una ley verdaderamente de género supondría tener en cuenta cómo se construyen las identidades femenina y masculina en el marco de unas relaciones de desigualdad”.

o lo es contra cualquier género, como parece desprenderse de la agravante genérica del art. 22-4 Código Penal.

Pero es que incluso el articulado relativo a los delitos de violencia en el ámbito familiar es confuso, toda vez que si bien la Ley 1/2004 hace mención expresamente a la violencia de género, el concreto contenido de los artículos hace referencia exclusivamente al sexo del sujeto pasivo (mujer) y activo (hombre) y a la relación entre los mismos (relación actual o pretérita tanto conyugal como de pareja). Por tanto, por un lado el articulado no contempla todas las posibilidades de violencia de género (incluso contra la mujer), y por otro lado extiende el concepto de violencia de género a situaciones en que no exista ni discriminación, ni menosprecio, ni dominación, en función únicamente del sexo de los sujetos activo-pasivo. Como manifiesta De la Cuesta Aguado¹³¹, “el concepto legal de ‘violencia de género’ describe un fenómeno social e identifica a los sujetos que intervienen, pero no ha sido objeto de un proceso de ‘dogmatización’ que lo convierta en directamente utilizable para la construcción de tipos penales, por lo que, cuando el Legislador ha tratado de transcribir en la ley penal este fenómeno social, el resultado ha sido muy imperfecto”.

Sin olvidar ni negar que existe y ha existida una desigualdad histórica en la situación legal y social de las mujeres por razón de género a lo largo de la historia en nuestro país, y en otros países, y sin olvidar ni negar que la violencia contra las mujeres es un problema que aparte de afectar a la individualidad de la mujer directamente perjudicada, afecta a la totalidad de la sociedad de una forma clara y

¹³¹ De la Cuesta Aguado, Paz María en “El concepto de ‘violencia de género’ de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, transcendencia y efectos”, Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal núm. 27, enero-abril 2012, pág. 39 y 40.

directa, no podemos caer en la identificación fácil de violencia contra las mujeres como violencia de género, ni negar que la violencia doméstica contra otros miembros del núcleo familiar no tiene la misma gravedad y suponen la misma lesividad a la sociedad global, sobre todo cuando la violencia se ejerce contra menores cuyas personalidades se están formando y desarrollando todavía. A estos efectos, la legislación de E.E.U.U., cuya lucha contra la desigualdad de la mujer comenzó en el siglo XIX y que nos lleva décadas de ventaja en elaboración de estadísticas y estudios sobre la violencia doméstica y de género, recoge el género de forma neutra, de forme que “treinta Estados han sancionado leyes aludiendo neutralmente al género, incluyendo a miembros del grupo familiar y parejas sin cohabitar; catorce Estados aluden neutralmente al género pero se limitan al grupo familiar; y, los seis Estados restantes sancionaron leyes por las cuales se impide que la violencia doméstica se aplique a personas del mismo sexo¹³².”

Que histórica y cuantitativamente exista un mayor grado de violencia contra la mujer no nos pueden llevar a considerar que solo existe este tipo de violencia, que solo este tipo de violencia integra la violencia doméstica ni de género, ni de que ésta merece mayor protección que otros tipos de violencia en el ámbito familiar. Este tipo de consideraciones lo único que supone finalmente es perpetuar la consideración de la mujer desde un punto de vista desigual, de inferioridad ante los otros miembros del núcleo familiar *per se*, por su propia condición de mujer y por el mero hecho de serlo, sin atender a los motivos de la violencia ni a las concretas circunstancias concurrentes en la relación de la mujer con el agresor.

¹³² Carazo Johanning, Ana Teresa en “Aspectos generales sobre el tratamiento jurídico y social de la víctima de violencia doméstica inmigrante en los E.E.U.U.”, Eguzkilore nº 21, San Sebastián, Diciembre 2007, pág. 238.

Creemos sin embargo que el objetivo de una sociedad avanzada debe ser, y haciendo uso tanto de instrumentos jurídico penales como jurídicos de otros ámbitos del Derecho y por supuesto, de todos los medios extrajurídicos disponibles (educativos, laborales, etc...), la consideración de igualdad de todos y cada uno de los individuos que conforman nuestra sociedad, y por ende, de la familia, con el mismo nivel de protección respecto a los demás integrantes de dicha familia y de responsabilidad para con los mismos. Ello necesariamente debe conllevar la misma consideración legal y por tanto el mismo tratamiento ante la ley de todos los integrantes de la familia tanto cuando éstos sean sujetos activos como cuando sean sujetos pasivos y/o perjudicados del delito en el ámbito familiar, ya que de otra manera, significaría considerar que desde que la mujer forma parte de un núcleo familiar, pasa a estar en posición de desigualdad, inferioridad y dominación, lo que no responde a los parámetros de la sociedad actual.

Como establece Manjón-Cabeza¹³³, la mujer accede ante el Derecho Penal en igualdad ante el hombre, no siendo éste el medio idóneo para paliar la desigualdad

¹³³ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011, pág. 523 y 524. "la mujer no accede a la tutela judicial y a la protección penal en peor condición que el hombre. Las discriminaciones legales han desaparecido, por eso afirmamos la igualdad formal, no siendo en este punto necesaria la intervención de los poderes públicos (...) las acciones positivas deberán aplicarse allí donde exista esa desigualdad de partida, es decir en el ámbito social, laboral y familiar donde se pone de manifiesto la existencia de una desigualdad estructural. El Derecho Penal no puede intervenir en la solución de esa desigualdad estructural; agravar las penas de los agresores no incide positivamente en el desigual acceso al trabajo o en el injusto reparto de las responsabilidades domésticas y familiares (...) Pero sobre todo, la exasperación penal no es un útil instrumento de género, porque no resuelve ninguna desigualdad real y, menos de todo el colectivo. (...) El Derecho Penal se ocupa de autores y víctimas singularmente considerados, mientras que las acciones de discriminación positiva se dirigen a colectivos enteros." En el mismo sentido, Campos Cristóbal, Raquel en "Tratamiento penal de la violencia de género" en

histórica de la mujer en la sociedad ante el hombre, y debe diferenciarse las medidas sociales y políticas destinadas a paliar y eliminar esa desigualdad de la mujer en el mundo laboral, familiar y doméstico del Derecho Penal, que trata de “autores y víctimas singularmente considerados”, y que acceden al mismo en situación de igualdad, todo ello sin perjuicio que de acreditarse la existencia de una situación real de violencia de género, pueda acudir a la agravante genérica del art. 22-4 Código Penal¹³⁴, o incluso a un tipo cualificado que recoja la agravante de género, pero no mediante una presunción *iuris et de iure*.

Por todo ello, también es necesario identificar cuando los delitos son cometidos por razón de sexo o género contra cualquiera de los miembros de la familia, y no solo contra la mujer. La hasta ahora consideración de violencia de género como violencia contra las mujeres cometidas por su pareja sentimental no solo conlleva una errónea consideración y tratamiento legal de la mujer como ser inferior al cónyuge hombre (y a éste como de agresor machista por su condición de hombre-esposo) y por tanto la perpetuación del estereotipo de mujer como sometida al marido-pareja por su condición de mujer, sino que además supone paradójicamente una desprotección de la misma frente a otras formas de violencia de género, por ejemplo, cuando ésta es cometida por otros miembros del núcleo familiar (por ejemplo, por la madre, los abuelos, los hermanos...).

V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005, pág. 269.

¹³⁴ Comas D'Argemir, Montserrat en “La Ley Integral contra la Violencia de Género: una ley necesaria”, Revista Jurídica de Castilla y León nº 4, septiembre de 2004, pág. 68, considera la conveniencia de introducir una agravante genérica en el art. 22 Código Penal de “género”, por lo que implícitamente la diferencia de la agravante por razón de sexo.

La correcta conceptualización de la violencia de género o por razón de sexo nos permite la consideración de todos los miembros de la familia desde un punto de igualdad, con idénticos derechos y deberes en sus relaciones intrafamiliares, idéntica consideración del hombre y la mujer ante la ley jurídico-penal, sin obviar la gravedad de las conductas cometidas tanto contra las mujeres como contra cualquier otro miembro de la familia a nivel individual, familiar y social, graduando la gravedad de las mismas ya no solo según afecte o no al bien jurídico familia en la consideración que hemos visto anteriormente al referirnos al concepto de familia y al bien jurídico protegido, sino en función de cuando la violencia ejercida en el seno de la familia tienen además un componente de género por razón de sexo, sea o no contra la mujer-esposa/pareja.

La distinción entre género y sexo que tiene suma importancia a nivel sociológico, psicológico y criminológico, no la tiene a nivel penal. A nivel sociológico y criminológico es relevante el estudio de las causas sociales, históricas y culturales que subyacen en el género, y que deben tenerse en cuenta a nivel penal por el legislador. Pero al mismo tiempo, a ese nivel penal ya no pueden plasmarse las diferencias de género que se tuvieron en cuenta por el legislador a la hora de analizar una problemática social que requería de respuesta penal. La plasmación a nivel penal del concepto intrínseco de género defendido mayoritariamente como una forma de actuar social llevaría a la total impunidad de las conductas, porque si partimos de que socialmente hombre y mujer asumen los roles que esa sociedad les han asignado, y llevamos dicha concepción al Derecho Penal, no cabe más que establecer que tanto hombre como mujer, en el acto de violencia, han actuado conforme la Sociedad espera de ellos que actúe, mediante el un uso socialmente admitido, y por tanto, correcto

jurídicamente y que quedaría fuera del ámbito de protección de la norma, o que en todo caso, conllevaría a graves problemas de error. Por ello, entendemos que debemos separar los aspectos criminológicos (basados a su vez en aspectos sociológicos¹³⁵, entre otros) que llevan a tipificar una conducta, de los aspectos estrictamente penales que quedan plasmados en el Código penal, y que son de igualitaria aplicación a todos los ciudadanos.

En un Derecho Penal del acto no caben desigualdades de trato por razones culturales o históricas, y las necesidades del legislador a la hora de eliminar esas situaciones de desigualdad históricas de la mujer o del homosexual tienen y deben tener sentido desde el punto de vista de la legislación civil o administrativa, pero no desde la penal, donde partiendo de una determinada realidad social, se legisla para proteger bienes jurídicos que están en riesgo. Si la familia, la integridad moral, la libertad o la integridad física como bienes jurídicos están en riesgo, y han sido considerados merecedores y susceptibles de protección penal, deben protegerse con independencia de cuál sea el sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, siempre y cuando se esté lesionando el bien jurídico protegido. Por ello, el concepto de género pierde aquí su sentido.

A nivel penal género equivale a sexo, al desproveer al término género de su sentido originario, de su contenido semántico y las implicaciones que éste conllevaba. Por tanto, a nivel penal, cuando hablamos de violencia de género hablamos de violencia por razón de sexo. De este modo, sin entrar en la discusión antes

¹³⁵ Sobre la psicología social del maltrato, véase Delgado Álvaro, Carmen en “Raíces de la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 58 y ss.

mencionada y expuesta por la R.A.E. de si es preferible el uso de término género o sexo, y que opta por establecer la conveniencia del término sexo al liberarlo de connotaciones sociales y culturales, aquí utilizaremos sexo y género como sinónimos, toda vez que si bien compartimos la postura de la R.A.E., no podemos obviar que el término género se ha impuesto en el habla y en el uso habitual del término. Lo que si resulta preciso es conceptuarlos para evitar equívocos en cuanto al uso que daremos a dichos términos.

Para nosotros la violencia de género o por razón de sexo es aquella cometida contra un individuo por su pertenencia a un género o sexo concreto motivado por el menosprecio o rechazo hacia el mismo, o que busca su dominación, abuso o explotación igualmente por su pertenencia a dicho género. El género o sexo puede ser hombre, mujer o hermafrodita y transexual (el tercer género)¹³⁶, y respecto de todos ellos cabe realizar actos de violencia motivados por el desprecio hacia los mismos.

¹³⁶ La R.A.E. no reconoce la transexualidad y el hermafroditismo como un tercer sexo o género. Sin embargo, la realidad social y la conquista de derechos por parte de las minorías están permitiendo un reconocimiento incluso por parte del Derecho, generalmente administrativo o civil, de que existe al menos un tercer sexo o una tercera categoría que no se corresponde con la de hombre o mujer. Por ejemplo, desde 2011 los ciudadanos australianos pueden obtener pasaporte con el sexo X, que identifica una tercera categoría. Giberti, Eva en “Gays, lesbianas, transexuales, travestis, andróginos, intersexuales, hermafroditas, ‘queers’, ‘rechazan ordenamientos sexuales establecidos’”, disponible en internet el 22-05-2013, habla del tercer sexo cuando manifiesta que “Gilbert Herdt, en su libro *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture & History*, compila un conjunto de artículos que discuten la viabilidad de la categoría tercer sexo o tercer género. Según su opinión no hay por qué buscar una relación absoluta entre orientación sexual y tercer sexo o tercer género. Señala que las categorías varón y mujer –basadas en criterios anatómicos– no son ni universales ni conceptos válidos para un sistema de clasificación de género. La categoría de tercer sexo y tercer género viene a impugnar el dimorfismo sexual. Es un intento orientado a comprender cómo, en determinados lugares y momentos históricos, la gente construye categorías no solamente sobre la base de un cuerpo natural sino también sobre la base de lo que Garfinkel (1967) llama “genitales culturales”. Se refiere a quienes trascienden las categorías de varón/mujer, masculino/femenino y pueden ser agrupados en categorías ontológicas, identidades, tareas, roles, prácticas e instituciones divergentes que han resultado en más que dos tipos de

Asimismo, no es necesario para cometer actos de violencia de género que exista una relación de familia¹³⁷ y mucho menos de pareja entre el sujeto activo y pasivo, sino que los actos de violencia pueden darse en cualquier ámbito (laboral, familiar, social...). Tan violencia de género es el marido que golpea a su mujer por misoginia, como el mismo padre que golpea a su hija con la misma motivación, o los “ultras” que golpean a un transexual por su condición y como muestra de superioridad del “hombre”, lo hombres que golpean a mujeres “sufragistas” como representatividad de una supuesta superioridad del “hombre” y en mantenimiento de un status o una situación de desigualdad, como las mujeres que golpean a un hombre por la consideración de que por el mero hecho de serlo es un “cerdo machista”. Las múltiples posibilidades en que la violencia de género puede mostrarse excede el ámbito de la violencia en doméstica, si bien es obvio que gran parte de la violencia de género se produce en dicho entorno, dadas las especiales relaciones entre los diferentes miembros de la familia, y que posteriormente analizaremos.

Como apoyo legal en cuanto a que violencia de género afecta tanto a mujeres, como hombres o hermafroditas, transexuales y homosexuales encontramos la redacción del actual art. 22-4 Código Penal referente a la agravante genérica de discriminación por razón de sexo o identidad sexual, que no distingue si es contra

personas, como dos sexos (varón y mujer) y dos géneros (masculino y femenino).” Por otro lado, la Ley 3/2007 Reguladora de la rectificación registral de la Mención relativa al Sexo, de 15 de Marzo, reconoce la transexualidad como una realidad social, y la considera como “un cambio de la identidad de género”, pero no como un tercer género.

¹³⁷ Desde cualquier concepción de familia.

hombre o mujer¹³⁸, o que incluso ha especificado la identidad sexual como motivo de discriminación, ante la situación “alegal” del colectivo transexual¹³⁹ y hermafrodita en la administración española.

¹³⁸ En contra, Lorenzo Copello, Patricia en “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal” pág. 19 y 20, disponible en Dialnet.unirioja el 23-05-2013, que considera que dicho art. 22-4 Código Penal va referido a la discriminación frente a la mujer, estableciendo que “cuando la Constitución o el Código penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las personas de raza negra, a las mujeres, o a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los “payos”. Por lo que aquí interesa, la conclusión anterior significa que un acto perjudicial para una mujer por el solo hecho de pertenecer a ese sexo deberá calificarse de discriminatorio, sin que pueda alcanzarse el mismo resultado en el caso contrario, esto es, cuando sea un hombre el destinatario del trato desigual respecto a las mujeres. De ahí que sea posible justificar las llamas *acciones positivas*, caracterizadas, en este caso, por un trato favorable a las mujeres dirigido a remover los obstáculos que les impiden disfrutar de los derechos y libertades en condiciones de igualdad con los hombres. Llegamos así a la otra cara del mandato de no discriminación, es decir, aquélla que permite ciertas desigualdades *precisamente* porque éstas se fundan en alguna de las circunstancias personales normativamente reconocidas”. A nuestro parecer, la autora confunde el ámbito social, laboral, civil e incluso administrativo con el ámbito penal. La asunción constitucional de la discriminación positiva a efectos de paliar la desigualdad de la mujer (y no solo de la mujer) que históricamente ha existido en nuestra sociedad y que en diversas parcelas aún se mantiene no tienen vigencia en el Derecho Penal. Decir que no puede aplicarse la agravante de raza si una banda latina mata a una persona por ser un asqueroso “blanco” y como tal perteneciente a una supuesta clase opresora, o una familia gitana raja a un “payo” por el hecho de ser payo y haberse casado con una gitana, creo que carece de cualquier tipo de justificación. El art. 22-4 no hace ningún tipo de distinciones entre unas razas u otras, y no distingue entre unos sexos u otros. Pero es que además, la inclusión de orientación e identidad sexual parecen ampliar la idea de que el motivo de discriminación va más allá de la mujer, sin perjuicio de que cuantitativamente pueda ser el colectivo más afectado. No podemos olvidar que no estamos hablando de equiparar la situación laboral de hombres o mujeres, el acceso de las mujeres a la educación, o la equiparación de mujeres en puestos directivos. Hablamos de personas que cometen delitos, que están lesionando bienes jurídicos tan importantes como la salud, la integridad corporal o la vida, y que la conducta de dicha persona es desvalorado por la sociedad. La no discriminación por razón de raza o sexo en el ámbito penal por tanto fluye en todos los sentidos, y por eso, cabe discriminar sexualmente a un hombre en el ámbito penal por ejemplo, matarle por el desprecio que su consideración de hombre supone para el sujeto activo). Cosa diferente es que la legislación general tenga en cuenta los colectivos discriminados de forma histórica y endémica a efectos de legislar con ánimo de paliar y evitar esa discriminación, y que la existencia de dicha discriminación sea tomada en cuenta a efectos de legislar incluso penalmente, pero una vez legislado, el mandato de no discriminación es común a toda la sociedad, y no solo a un colectivo concreto.

¹³⁹ Si bien es cierto que la Ley 3/2007 Reguladora de la rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo permite al colectivo transexual rectificar la mención al sexo y el cambio de nombre, ésta ley no reconoce la existencia de un tercer género, lo que obliga al sujeto transexual a elegir entre hombre o mujer, aunque no se sienta plenamente ninguno de los dos. Por tanto, aunque la ley suponga un avance social en la conquista de derechos por parte del

Partiendo de esta definición, hemos de mencionar sin embargo al colectivo homosexual¹⁴⁰, por cuanto el hecho de ser homosexual, a diferencia del hermafrodita o transexual, no supone la pertenencia a un sexo o género diferenciado del hombre o de la mujer, sino una preferencia u orientación sexual¹⁴¹ que implica que la vida afectiva/sexual del individuo va dirigida a individuos del mismo sexo¹⁴². Por tanto,

colectivo transexual, sigue sin reconocer plenamente la realidad social ni aceptar la existencia de otros sexos además del masculino y el femenino. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011, pág. 503, se muestra partidaria de acudir a la inscripción registral en cuanto al tratamiento del transexual como hombre o como mujer. Desde nuestro punto de vista, la situación administrativa no puede determinar la condición del sujeto pasivo o activo sin que la misma se corresponda con una realidad social. Hay que tener en cuenta, primero, que el acceso al registro requiere una serie de requisitos que pueden no haberse cumplido todavía, o estar en trámite, y ello no obsta para la consideración social del sujeto transexual como hombre o como mujer, y habrá que establecer la consideración de los mismos en el marco familiar y social en el que se produce el acto violento. Por otro lado, desde el punto de vista mantenido en esta tesis, en cuanto a la consideración de la conducta como violencia o no de género, no va en función de la pertenencia del sujeto pasivo a un determinado género, sino al motivó de desprecio subyacente en el sujeto activo que motiva la conducta violenta, con independencia del género o sexo del sujeto pasivo.

¹⁴⁰ En aras a la brevedad, cuando hablamos de homosexualidad, incluimos dentro del mismo pese a no ser igual, al colectivo bisexual, drag queen y cualquier otra orientación e identidad sexual diferente a la heterosexualidad.

¹⁴¹ Está lejos de esta tesis analizar si la homosexualidad es una preferencia sexual, una orientación, una forma de vida o incluso, como algunos colectivos defienden (y que desde luego no compartimos), una enfermedad. Nos encontramos ante una realidad existente, y un colectivo que como parte integrada en la sociedad requiere protección y por tanto respuesta penal igual que el colectivo heterosexual.

¹⁴² La R.A.E. define homosexualidad como "inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo". Villagrasa Alcaide, Carlos en "La discriminación por orientación sexual" en V.V.A.A. *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del estado Social*, Dir. María Creso Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2010, pág. 269, establece que "tanto la orientación sexual como la identidad de género son rasgos de la personalidad y aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad de las personas. Se entiende por orientación sexual la inclinación de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por personas del mismo género, del otro género o de ambos géneros, y se

objetiva y formalmente hablando no podríamos hablar de una violencia de género hacia los homosexuales, por cuanto los mismos no conformarían un género específico.

Sin embargo, no podemos obviar, como posteriormente analizaremos, que la homosexualidad comparte con el hermafroditismo y la transexualidad fuertes raíces en cuanto a la razón del rechazo que producen en la sociedad y en la violencia que se desencadena contra los mismos por el mero hecho de ser homosexual, transexual o hermafrodita. Materialmente hablando, la homosexualidad si compone un género equiparable o integrable dentro del hermafroditismo o la transexualidad, no ya por su pertenencia a ese género sino porque la orientación sexual equipara social y culturalmente al homosexual con el mismo, sufre el mismo tipo de marginación y por tanto está necesitado del mismo tipo de protección. A estos efectos, el ámbito de protección de la norma penal es el mismo, por cuanto es idéntica la marginación a la que es sometido, se lesiona el mismo bien jurídico, produce la misma lesividad individual, familiar y social, y requiere el mismo tipo de respuesta penal. Aquí nuevamente el legislador penal, a la hora de recoger la agravante genérica del art. 22-4 de discriminación por razón de sexo, ha incluido el término “orientación sexual” conjuntamente con el de “identidad sexual”, equiparándolos formalmente.

define como identidad de género, la vivencia interna e individual de género, que puede corresponderse o no con el sexo asignado al nacer, de acuerdo con los atributos biológicos.”

2-4 Tipos de violencia de género. Características y elementos diferenciales entre las diversas formas de violencia de género.

El análisis de los tipos de violencia tanto de género que se analizan en el presente epígrafe como según los sujetos y de violencia habitual que se detallan en los siguientes, se realiza a través de la experiencia personal del autor como licenciado en criminología y sobre todo, por su experiencia tras casi veinte años de ejercicio profesional, tanto como abogado penalista adscrito a los diferentes turnos de oficio penales, de guardia y de asistencia letrada al detenido del I.C.A.M., así como Abogado-Fiscal sustituto durante más de siete años, habiendo estado asignado a Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Ejecutorias entre otros, y habiendo realizado guardias mensuales de 8 días en las que se incluía la violencia doméstica y sobre la mujer. Todo ello, sin perjuicio del resto de material utilizado y que se especifica en cada momento. Por ello, concretamos que la diferenciación entre los diversos tipos de violencia intrafamiliar que se desarrolla en este epígrafe y los siguientes (2-5 y 2-6) es obra del autor, basado en la experiencia y a través del estudio de los diferentes autores que se indican en su caso respecto de cada tipo específico de violencia. Ello es así porque no hemos encontrado un estudio significativo que diferencie los diferentes tipos de violencia intrafamiliar, centrándose sobre todo en la violencia contra la mujer, y en menor medida, sobre los hijos y sobre los ancianos, pero no desde una visión de conjunto sino en estudios individualizados sobre cada uno de esos tipos de violencia.

Asimismo, como cuestiones comunes a los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar (sea o no de género), debemos mencionar en primer lugar la estrecha

relación existente entre la pareja penal¹⁴³ precisamente por su pertenencia a ese núcleo social de relaciones cercanas e intensas. Por ello, y referido a la victimogénesis¹⁴⁴, la víctima presenta ya de inicio un elevado riesgo de predisposición al delito¹⁴⁵, dado el conocimiento elevado que el sujeto activo tiene sobre la misma; que como norma comparte el domicilio familiar o tiene fácil acceso al mismo; que existen lazos afectivos y emocionales, económicos y sociales comunes..., sin perjuicio de los factores individuales de la propia víctima (dependencia intelectual, afectiva, económica o de otro tipo, vulnerabilidad psicológica u otros inherentes a la personalidad, victimización previa, características de género o sexo,...).

En segundo lugar los sujetos pasivos se suelen corresponder con determinados tipos de víctima¹⁴⁶ como son;

¹⁴³ El término pareja penal fue acuñado por Mendelshon, Benjamín en la conferencia sobre “Victimología” pronunciada en la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest el 29 de Marzo de 1947, y con la misma se hace referencia a la relación existente entre el sujeto activo del delito (victimario o victimizador) y la víctima. Véase Arburola Valverde, Allan en “Victimología penal o criminológica”, disponible en www.bibliomaster.com el 04-06-2013 y Hidalgo Huerta, Juan José en “Victimología: diferencia entre pareja penal y pareja delincuencia” en *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas* Online, disponible el 04-06-2013.

¹⁴⁴ Estudio de los factores que incrementan el riesgo de que los individuos sean objeto de delito.

¹⁴⁵ Como señalan Pérez Martín, Ana y Amado Pallarés, Lorena en “Una aproximación a la violencia en el noviazgo” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág.46, “la violencia de género es un problema complejo que obedece a múltiples factores relativos al agresor, a la víctima y al propio contexto sociocultural donde se produce. Las investigaciones al respecto han profundizado sobre aquellas variables que hacen a una persona más vulnerable a la victimización o a la perpetración de la violencia; **son los llamados Factores de Riesgo que, sin ser causas directas, pueden explicar y aumentar la probabilidad de ocurrencia de determinada conducta violenta**”.

¹⁴⁶ Para ver los diferentes tipos de víctima, véase Arburola Valverde, Allan en “Victimología penal o criminológica”, disponible en www.bibliomaster.com el 05-06-2013

- víctima por ignorancia (la víctima impulsa de forma no voluntaria la comisión del delito), y en ocasiones, víctima provocadora (la víctima incita al autor a cometer el acto violento).

-víctima participante (aquella que interviene de forma activa en la dinámica criminal) tanto de forma pasiva (por sumisión, resignación y apatía) como activa (generalmente en casos de agresión mutua)

-víctima familiar a la que a veces se adhiere la condición de víctima social (que tienen su origen en el sistema social, por la pertenencia de la víctima a un colectivo concreto –homosexuales, mujeres, ancianos, niños)

-víctima por proximidad excesiva, generalmente familiar (por su pertenencia a la familia), y en ocasiones espacial (casos de familias numerosas que sobreviven en infraviviendas de reducidas dimensiones, o de relaciones de cercanía en localidades aisladas que imponen la cercanía física y mental de los sujetos, como residentes en pequeñas localidades de escasa población)

-Son relativamente frecuentes las víctimas por estados emocionales (cuando los fuertes sentimientos arrastran y agotan sus funciones psíquicas) y la víctima depresiva (tendencias autodestructivas que conllevan que la víctima se sitúe en situaciones victimógenas), y evidentemente las víctimas por transiciones normales del curso de la vida (corta edad, pubertad, vejez)

En tercer lugar, la violencia doméstica es difícil de detectar, y por ende de probar, por cuanto suele producirse en un entorno cerrado, con ausencia de testigos ajenos a la/s víctima/s y en las que la credibilidad de las mismas plantea dificultades por cuanto pueden existir ánimos espurios que vicien sus declaraciones dadas las

relaciones víctima-victimizador¹⁴⁷. Cuando existen testigos, generalmente son otros familiares o amigos cercanos, que como norma no quieren involucrarse en lo que consideran “asuntos internos” de la familia, o a los que las propias víctimas solicitan que no declaren.

2-4-1-Violencia de género contra la mujer

La violencia de género contra la mujer se puede dar a nivel intrafamiliar y de forma externa a la familia¹⁴⁸, y ya dentro de la violencia intrafamiliar, dentro de la relación de pareja/matrimonio o entre los restantes integrantes del núcleo familiar. La violencia de género externa a la familia no es objeto de esta tesis, si bien hemos al menos de referenciar su existencia, toda vez que la actual Ley 1/2004, como ya hemos

¹⁴⁷ Paz Rodríguez, Juan Ignacio en “La violencia basada en el género, orígenes, mecanismos y consecuencias” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 276 y ss., analiza los factores que inciden negativamente en la credibilidad de la víctima.

¹⁴⁸ Maqueda Abreu, Maria Luisa en “La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08/02, 2006, pág. 5 y 6 “Las relaciones de pareja o de convivencia familiar son sólo un escenario privilegiado de esa violencia pero no pueden –ni deben- acaparar la multiplicidad de manifestaciones que se ocultan bajo la etiqueta de violencia de género. El reduccionismo a que conduce esa equiparación es necesariamente negativo porque enmascara la realidad de un maltrato que victimiza a la mujer por el hecho de serlo, más allá de sus relaciones personales de afecto o sexuales, esto es, cuando transcurren en el ámbito profesional o laboral o social en su sentido más amplio.(...) Una imagen del problema que, demasiado a menudo, está presente en la conciencia colectiva y que se traslada con escasas fisuras a su valoración por parte del Derecho, ocasionando no pocos efectos perversos. Uno de los más importantes tiene su causa, precisamente, en esa asimilación de la mujer a los miembros más débiles del entorno del agresor porque conduce a mantenerla “en el imaginario del orden familiar junto al grupo de los “vulnerables”. De ese modo, la preocupación social acerca de la violencia contra las mujeres no se concentra en ellas y en las razones que explican su victimización sino que se traslada a la familia y a sus miembros en tanto que víctimas propicias de la violencia masculina a consecuencia de una “natural” posición de inferioridad que es compartida por la mujer.”

mencionado, se refiere a la violencia de género básicamente como la producida contra la mujer en el ámbito de la pareja¹⁴⁹.

La violencia de género contra la mujer es la más importante de las existentes cuantitativamente hablando¹⁵⁰, y adopta múltiples formas¹⁵¹, tal y como se recoge en la Resolución 48/104¹⁵² de la Asamblea General de la ONU. Dicha Resolución ya recoge también cómo la violencia de género contra la mujer hunde profundas raíces en la historia y en la mayor parte de las sociedades, y a pesar de los avances producidos en algunas de estas sociedades (afortunadamente, la nuestra es una de ellas) a partir de las últimas décadas del siglo XX, hay ámbitos en los que la violencia de género se mantiene todavía con fuerza, y entre ellos y sobre todo, se mantiene en el ámbito familiar.

¹⁴⁹ La violencia extrafamiliar presenta múltiples facetas, pero uno de las menos visibles y sin embargo, más extendidas, es la que se produce en el ámbito de la prostitución femenina. Sobre ésta, véase Castillejo Manzanares, Raquel en "Problemas que plantea la actual aplicación de la ley integral" en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 63 y ss.

¹⁵⁰ Según datos de Morillas Fernández, David Lorenzo en "Víctimas especialmente vulnerables y Ley orgánica 1/2004" en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 330, la violencia contra mujeres supuso en 2007 el 72'1% frente al 27'9% de violencia contra hombres. En menores de edad, la diferencia queda disminuida, siendo de 58'8% para niñas y 41'15% para niños.

¹⁵¹ Agresiones físicas, psíquicas, de carácter sexual, así como en el ámbito de la educación, el ámbito laboral, institucional, administrativo, social, sanitario, etc....

¹⁵² El art. 1 de dicha resolución establece que "por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada."

Dentro del ámbito familiar, hay que distinguir si la violencia se produce dentro de la relación de pareja, o si se produce contra el resto de mujeres integrantes del núcleo familiar (especialmente hijas, hermanas y madres). El componente de la violencia de género es siempre el mismo¹⁵³, con pequeñas variantes, y se fundamenta en una situación de desprecio hacia la mujer como género y hacia la esposa, hija, hermana, etc.... como sujeto individualmente considerado, en la creencia de una situación de inferioridad de la mujer (como género) y de la esposa o hija (como persona) respecto del hombre (como género) y del esposo o padre (como persona). La violencia busca dominar, someter y controlar a la mujer, y lograr de esta obediencia absoluta y el cumplimiento de sus obligaciones como mujer¹⁵⁴. Como establece

¹⁵³ Lomas, Carlos en “Ni víctimas ni verdugos” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 33, manifiesta que “esta constelación de valores y de conductas incluye, entre otras manifestaciones, el menosprecio del saber y del valor de las mujeres, la competencia por el prestigio o por el poder entre hombres, la búsqueda continua de conquistas sexuales, la obsesión por exhibir en el ámbito público la arrogancia y la indiferencia ante el dolor y el riesgo, la ocultación de los sentimientos, la oposición a las actitudes y a las tareas asignadas tradicionalmente a la condición femenina, el prejuicio y el menosprecio hacia los homosexuales, el abuso verbal y la violencia psicológica y física hacia las mujeres... Desde este punto de vista, el machismo es una forma de relacionarse y un cierto manejo de poder que refleja las desigualdades existentes entre mujeres y hombres en el ámbito personal, económico, político y social.”

¹⁵⁴ Por ejemplo, el Código Civil recogía hasta el año 1975 el deber de obediencia de la esposa hacia el marido, y suponía, de hecho, la institucionalización jurídica de la superioridad de éste sobre la mujer. Como menciona Brage Cendán, Santiago B. en “La violencia machista: análisis del conflicto” en *Estudios Penales y Criminológicos Volumen XXXII*, 2012, pág. 11, “Ciertamente uno puede preguntarse qué derecho está ejerciendo el marido que maltrata a su mujer. Pues bien, la repuesta procedía del Código civil que, hasta el año 1975, instituía un deber de obediencia de la mujer respecto del marido, por lo que parecía establecer un correlativo derecho de corrección por parte de éste. De este modo, se llevaba a cabo una equiparación entre mujeres y niños, ya que, al igual que el hijo, también la mujer podía ser corregida por el marido si no obedecía. La discusión entonces se trasladaba al terreno de establecer los límites con que debía ejercerse este derecho, por lo que el Derecho penal no era un instrumento para castigar la violencia sobre la mujer, sino para limitarla. De este modo, no debía resultar extraño que los maridos se confundiesen respecto a los límites del ejercicio de ese supuesto derecho de corrección que usualmente se manifestaba en expresiones como “se le ha ido la mano”.”

Lorente Acosta¹⁵⁵, “el agresor de género es un agresor moral, no busca un beneficio material con su conducta, sino hacer prevalecer sus ideas y planteamientos sobre los de la mujer” o en palabras de Varela¹⁵⁶, “la violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de serlo es una violencia instrumental, que tiene por objetivo el control de las mismas. No es una violencia pasional, ni sentimental, ni genética, ni natural”. Para Expósito Jiménez, López Megías, Herrera y Montañés¹⁵⁷, la violencia es el resultado de una asimetría de poder, un desequilibrio de poder de manera que la fuerza se usa de forma más probable para resolver los conflictos interpersonales. García Domínguez¹⁵⁸ resume los factores que a su juicio constituyen la base de la violencia de género y que se concretan en lucha por el poder, graves deficiencia en el mundo emocional masculino, falta de referentes alternativos al modelo tradicional masculino y el alto grado de control social entre los hombres.

Por ello, y a diferencia de la violencia intrafamiliar no de género, es raro que existan actos de violencia ocasional de violencia de género dentro de la familia, salvo que suponga el primer acto de lo que sería el inicio de una violencia habitual, pero al

¹⁵⁵ Lorente Acosta, Miguel en “Violencia de género: acciones y reacciones” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 44.

¹⁵⁶ Varela, Nuria en “Medios de comunicación y violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 129.

¹⁵⁷ Expósito Jiménez, Francisca; López Megías, Jesús; Herrera, María del Carmen; y Montañés, Pilar en “Violencia doméstica y asimetrías de poder en la pareja” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 94.

¹⁵⁸ García Domínguez, Antonio en “la influencia de la cultura machista en la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 150 y ss.

que se le ponga freno precisamente en su fase inicial¹⁵⁹. La violencia de género contra la mujer en el ámbito familiar no conoce barreras en cuanto a la situación económica, social y educacional tanto del sujeto activo como del pasivo, produciéndose en todos los estratos.

La violencia de género ocasional tanto contra la mujer esposa o pareja como contra otros miembros mujeres del núcleo familiar, tal y como ya hemos mencionado, es prácticamente inexistente. Desde el momento que la violencia de género supone la consideración de la superioridad del hombre sobre la mujer y busca el sometimiento y obediencia de ésta última, tales objetivos no se consiguen con un único acto ocasional, sino que requieren una continuidad delictiva que en ocasiones abarca años, y que a menudo se extiende contra varios miembros al mismo tiempo del núcleo familiar de forma directa (generalmente madre, esposa e hijas)¹⁶⁰.

Por ello, nos remitimos para el estudio de la violencia de género contra la mujer al análisis de la violencia habitual.

¹⁵⁹ Como excepción habría que hablar de las mutilaciones genitales, ya que las mismas suelen producirse sobre menores de edad, que en muchos casos durante la niñez no han sido víctimas de violencia de género, comenzando la misma con su transición a la pubertad, es decir, con el paso de niña a mujer, y por tanto, en la imposición forzosa de los “roles femeninos”, momento en que se produce la castración, siendo éste el primer acto de violencia de género, que a veces llega a ser producido incluso por las madres y abuelas, y que no tiene que tener reflejo en posteriores actos de violencia.

¹⁶⁰ Domínguez Izquierdo, Eva María en “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 316 a 318, hace referencia a la perversa consecuencia de la legislación actual que ha agravado las conductas ocasionales de género, y que ha supuesto que el juzgador se quede en la aplicación de estos tipos, sin entrar a investigar si los mismos presuponen la existencia de delitos de violencia habitual.

2-4-2- Violencia de género contra el hombre

La violencia de género contra el hombre es negada por la mayor parte de la doctrina¹⁶¹, quien como hemos visto equipara violencia de género a violencia contra la mujer. A estos efectos nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior.

En la violencia de género contra el hombre también hay que diferenciar la violencia de género intrafamiliar de la extrafamiliar, y dentro de la intrafamiliar, la producida en el ámbito de la pareja de la producida entre otros integrantes del núcleo familiar. Aquí también mencionar que no es objetivo de la tesis la violencia externa al ámbito doméstico si bien simplemente mencionar su existencia, aunque generalmente tiene un ámbito de aplicación muy reducido, ya que la misma carece de raíces históricas o institucionales, y la existente es más producto de reacciones excesivas contra el machismo, que acaban en la posición opuesta y extrema de determinados sectores de la consideración extensiva de “machista” al hombre por el mero hecho de ser hombre y la consiguiente reacción que puede acabar en violencia .

¹⁶¹ Por ejemplo, Lorenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración política-criminal” en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, REPC 07-08, 2005, pág. 15, dice “El problema de esta clase de razonamientos reside en la negativa a admitir que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia – sociológicamente definida- asociada a la posición de poder que todavía ocupan los varones en la estructura social y que, por eso mismo, no puede tener paralelo en el sexo masculino.” Si reconoce la violencia ejercida por mujeres, de forma genérica tanto contra hombres como mujeres, De Corral, Paz en “Proceso de victimización en las mujeres víctimas de violencia de pareja” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009, pág. 120 y 121.

En el ámbito familiar, la idea subyacente no es tanto la idea de desprecio hacia el hombre como tal género, sino de control y sometimiento por parte de la mujer tanto a nivel de pareja como de hijos esencialmente, en aras a no ser sometida a su vez por los mismos. El tipo de violencia empleado suele ser diferente al empleado por el hombre contra la mujer, pero al igual que éste, es rara la violencia de género intrafamiliar ocasional, ya que nuevamente el logro de objetivos requiere de una continuidad y habitualidad, y por tanto nuevamente nos remitimos para su estudio al tratamiento de la violencia habitual.

2-4-3-Violencia de género contra transexuales y hermafroditas. El tercer género. La violencia contra la homosexualidad como forma de violencia de género.

La violencia de género contra homosexuales, transexuales y hermafroditas¹⁶², como en los dos supuestos anteriores, puede darse tanto dentro como fuera del ámbito familiar, si bien aquí es más frecuente la violencia de género extrafamiliar¹⁶³ a la intrafamiliar. Asimismo, dentro de la violencia intrafamiliar es anecdótica (en cuanto a nivel de género) la que se produce en el ámbito de pareja, siendo la más frecuente la producida de padres/madres a hijos y entre hermanos. También es diferente el

¹⁶² A diferencia de la violencia de género contra el hombre, la violencia de género contra homosexuales, hermafroditas y transexuales no es que sea negada, sino que es sencillamente ignorada dentro de la invisibilidad institucional y legislativa que caracteriza la relación entre tales figuras con el Derecho.

¹⁶³ Son relativamente frecuentes los movimientos “ultras” a la busca de homosexuales o transexuales, de larga tradición en nuestra sociedad, como la paliza que recibió en su momento Miguel de Molina por su condición de homosexual y que motivó su exilio en Latinoamérica. Asimismo, el colectivo homosexual y transexual sufre si es posible aún mayor discriminación a nivel laboral, económico y social que las mujeres, quedando marginados por ejemplo a nivel laboral de forma histórica a ejercer la prostitución como medio de vida dada la imposibilidad de acceder a otros trabajos, y en muchos casos, de acceder a un mínimo nivel educacional.

fundamento de la violencia, toda vez que ya no se busca la dominación o la obediencia en sí misma, sino que respecto de la homosexualidad el desprecio viene originado por una situación de vergüenza¹⁶⁴ y hasta de considerarse insultado y menospreciado en su rol de padre/madre (y una negligencia en sus funciones como tales) por la no asunción del rol como hombre o como mujer por parte del sujeto pasivo, o en el caso entre hermanos influye el miedo a que la consideración por parte de la sociedad de “homosexual” se extienda hacia el hermano-sujeto activo.

Respecto a la transexualidad y el hermafroditismo, el desprecio y la situación de vergüenza no va unida a la no asunción de un rol por parte del sujeto pasivo, sino a la consideración en su caso de “monstruo” respecto del mismo, tratando de obligarle a que asuma un rol que genética o físicamente no tiene asignado, o no plenamente al menos. En estos casos además, la violencia de género puede llegar a extremos tan radicales como la castración quirúrgica o el sometimiento a operaciones de reasignación sexual sin consentimiento o voluntad del sujeto pasivo, o incluso forzosamente.

Como rasgo común a los demás supuestos de violencia de género heterosexual, la violencia de género ocasional intrafamiliar es excepcional, toda vez que los actos generalmente se desarrollan a lo largo de un extenso periodo de tiempo, y por lo tanto la trataremos dentro de la violencia habitual.

¹⁶⁴ Lomas, Carlos en “Ni víctimas ni verdugos” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, pág. 33, manifiesta que “esta constelación de valores y de conductas incluye, entre otras manifestaciones, (...), el prejuicio y el menosprecio hacia los homosexuales”.

2-5 Otros tipos de violencia en el ámbito familiar. La violencia ocasional según los sujetos sobre los que se ejerce.

La visión que se tiene de la violencia intrafamiliar suele reducirse a la que sufre la esposa a manos del marido de forma habitual, y que solo de forma indirecta afecta a los hijos y excepcionalmente directa, afecta a los hijos menores que integran el resto del núcleo familiar. Sin embargo, la realidad de la violencia intrafamiliar es tan variado como variados son los modelos de familia existentes y las relaciones que se establecen entre sus integrantes. Por ello, creemos necesario un acercamiento a las principales formas de violencia intrafamiliar, tanto de género como no de género, porque solo del análisis, la comprensión y el acercamiento de dichas realidades existentes y silenciadas tanto por el legislador como por ciertos grupos de presión, podremos darnos cuenta de la incapacidad de la ley para dar una respuesta satisfactoria y eficaz a la problemática existente, no ya a nivel penal, sino también a nivel asistencial, civil o administrativo, y de la necesidad de un cambio legislativo que proteja por igual a todas las víctimas de violencia.

No existe un tratamiento específico para determinados tipos específicos de violencia, ni un programa asistencial contemplado en la ley para proteger a grupos tan en situación de riesgo como los ancianos o los niños, ni tampoco para abordar de una forma integral y eficaz la problemática de la violencia intrafamiliar ejercida por toxicómanos. El amplio abanico de posibilidades que contempla la Ley 1/2004 respecto de la mujer esposa no se hace extensible a otros miembros del núcleo familiar que puedan estar en una mayor situación de desprotección (por ejemplo, anciano que es maltratado por la única persona en situación de prestarle asistencia sanitaria y

alimentaria) y a los que la legislación actual no da respuesta. Su tratamiento es unitario y diferenciado de la respuesta penal a la violencia de género en su concepción dada por el legislador, no solo a efectos de respuesta penal (lo cual es lógico y acorde a los principios de igualdad, proporcionalidad y legalidad), sino también desde el punto de vista de atención integral que se concreta en un vacío legislativo que no contempla dicha atención integral de estas víctimas.

2-5-1-violencia conyugal no de género

A diferencia de la violencia de género, la violencia no de género entre cónyuges (a los que asimilamos las parejas con o sin convivencia) presenta un carácter ocasional o esporádico, y solo de forma anecdótica presenta carácter habitual. No nos encontramos ante supuestos de dominación/sumisión, sometimiento u obediencia, ni están fundamentados en la creencia de la superioridad de un sexo sobre el otro, y de hecho es relativamente frecuente la violencia ejercida mutuamente por ambos cónyuges contra el otro. Por ello, a diferencia de la violencia de género, no todo acto de violencia constituye por sí mismo un acto de violencia en el ámbito familiar, porque no toda violencia perturba gravemente a la familia.

Es normal que una pareja discuta. Tampoco es excepcional que muchas parejas durante dicha discusión en ocasiones lleguen a insultarse, y que en ocasiones se viertan expresiones que de normal serían consideradas como amenazas y se realicen conductas que pudieran considerarse coacciones. Ya no tan normal pero aún así frecuente es la realización de conductas que puedan llegar a la agresión mediante empujones o conductas similares que no produzcan lesiones, y finalmente la

producción de lesiones. Sin embargo, no todas estas conductas suponen necesariamente la lesión del bien jurídico familia. Cuando durante el transcurso de una discusión y ante el intento de un cónyuge de abandonar el domicilio familiar el otro cónyuge se interpone delante de la puerta al grito de “tú no te vas, que aún no me hemos terminado de discutir”, ante lo cual el que cónyuge que abandona el domicilio aparta mediante un empujón al otro¹⁶⁵ para desbloquear la puerta y abandonar el domicilio, en este supuesto no podemos negar que se han realizado conductas que no son admitidas penalmente¹⁶⁶. Pero, ¿estamos ante un supuesto de violencia en el ámbito familiar, o debemos considerarlo como meras infracciones que no afectan al ámbito familiar y a la que en todo caso será de aplicación la agravante de parentesco (sin perjuicio de aplicar el principio de insignificancia)?

Otro supuesto real al que ha tenido acceso el autor es el de cónyuge ludópata que trata de salir del domicilio con todo el dinero familiar para jugárselo a las tragaperras, y el otro cónyuge le sujeta del brazo, le abre la mano y recupera el dinero, al ser los únicos ingresos que tiene la familia para alimentar a los tres hijos menores habidos del matrimonio. Nuevamente nos encontramos ante hechos que podrían ser penalmente relevantes¹⁶⁷, pero en los que habría serias dudas de si nos encontramos ante un supuesto de violencia en el ámbito familiar.

¹⁶⁵ Este supuesto de hecho ocurre con frecuencia, con intercambio de los cónyuges en los papeles del que abandona la vivienda y del que trata de evitar el abandono de la misma durante la discusión

¹⁶⁶ Coacciones respecto al cónyuge que se interpone en la puerta, y maltrato respecto al otro cónyuge

¹⁶⁷ Integraría la figura típica de maltrato.

Por ello es importante determinar cuándo nos encontramos ante meras riñas familiares sin trascendencia penal, cuándo se lesionan bienes jurídicos básicos como la libertad o la integridad física, y cuándo nos encontramos ante un delito de violencia en el ámbito familiar. En todos los supuestos nos encontramos con actos de violencia realizados dentro de la familia, pero no todos ellos tienen trascendencia penal, y de los que la tienen, no todos tienen trascendencia en el ámbito familiar. La trascendencia para el ámbito familiar vendrá dado por el bien jurídico lesionado. Si entendemos que el bien jurídico es la integridad física, las lesiones, la integridad moral o la libertad, en los dos supuestos anteriores nos encontraremos con delitos de violencia en el ámbito familiar por cuanto existe una afectación de dichos bienes jurídicos con las conductas realizadas (sin perjuicio de la concurrencia de un estado de necesidad en el segundo supuesto), y la consideración de la violencia en el ámbito familiar viene dada por la mera relación conyugal entre los sujetos activo y pasivo.

Desde la consideración de que el bien jurídico protegido es la familia, solo entenderemos que afecta al ámbito familiar cuando la conducta realizada desequilibre de forma grave el entorno de desenvolvimiento personal, afectivo o social de la familia y a las interrelaciones entre sus miembros, lo cual no concurre en ninguno de los dos ejemplos expuestos, por lo que no nos encontraríamos ante auténticos delitos de violencia en el ámbito familiar, sino meras faltas de maltrato del art. 617-2 o de coacciones del art. 620-2, ambos del Código Penal. De aquí puede verse la importancia de determinar de qué manera influyen las conductas realizadas en el devenir de la familia, como afectan a la misma y a los integrantes individualmente considerados que la integran, a efectos de considerar si se está lesionando o no a la

misma como bien jurídico y si por tanto, si las conductas integran o no los diferentes tipos penales.

La violencia ocasional no de género entre cónyuges rara vez constituye por sí misma una afectación importante del bien jurídico familia, y por tanto, rara vez debería integrarse, desde la postura mantenida en esta tesis, dentro de los tipos de violencia en el ámbito familiar y si en contra, dentro de los tipos de amenazas, coacciones, lesiones o maltrato básicos, con la agravante en su caso de la circunstancia mixta de parentesco, situación que si es más habitual, paradójicamente, entre exparejas y excónyuges. Cuando hablamos de los “ex”, si es más frecuente que la conducta ocasional del sujeto activo suponga una afectación del bien jurídico familia cuando éste ya no está integrado en la misma, siempre y cuando la conducta tenga causa por la antigua pertenencia al núcleo familiar, y con dicha conducta se perturbe la familia bien tratando de interferir gravemente en las relaciones de dicho núcleo familiar, bien tratando de evitar las nuevas relaciones de pareja del excónyuge o bien tratando de obligar a ésta a reanudar la relación por no asumir la ruptura o la desintegración familiar (si bien éste último supuesto es más frecuente desde una óptica de violencia de género, tratando de dominar y someter a la pareja).

Mencionar, eso sí, que puesto que nos encontramos en un periodo cambiante en cuanto al concepto y modelos de familia existentes, y que las primeras generaciones de parejas nacidas no solo bajo un nuevo sistema constitucional, sino sobre un nuevo sistema de valores que pregonan el igualitarismo entre géneros, conllevará nuevos modelos de violencia cuya raíz no sea principalmente de género. Como señalan Casa y García, las mujeres se han incorporado a un sistema de resolución de conflictos

interparentales mediante el uso de la violencia, ante “la zozobra en los modelos de género y de comportamientos que ayuden a gestionar esas conflictividad y a evitar los eventuales desequilibrios identitarios. Por eso, la cuestión ahora es centrarnos en las dinámicas, mecanismos y procesos concretos de la relación de pareja que pueden terminar conduciendo desde esa compleja y conflictiva situación a los brotes de violencia que tanto nos preocupan¹⁶⁸”. Este momento de adaptación intergeneracional a una nueva base de relaciones y de roles hombre-mujer nos impiden un análisis de la situación actual de este tipo de parejas, y que necesitará un estudio para ver cómo evolucionan las mismas, que patrones socio-familiares se asientan en estos nuevos modelos y qué tipo de violencia interparental generan.

2-5-2-Violencia contra hijos menores de edad por parte de custodios o cuidadores.

La violencia ocasional contra menores por parte de custodios o cuidadores rara vez tiene transcendencia penal, ya que, o bien se da en el ámbito del derecho de corrección¹⁶⁹, o bien rara vez lesiona el bien jurídico familia (a diferencia de la violencia habitual sobre los menores, cuya afectación del bien jurídico es realmente importante y las consecuencias para los menores son realmente graves así como la incidencia en el núcleo familiar). En todo caso, con o sin transcendencia penal, la misma se da desde una posición de sumisión del menor respecto de los padres o

¹⁶⁸ García Selgas, Fernando J. y Casado Aparicio, Elena en “Violencia en la pareja: género y vínculo”, Talasa Ediciones, Madrid 2010, pág. 190.

¹⁶⁹ El mismo será analizado al hablar del art. 153-2 del Código Penal.

cuidadores, siendo más frecuente la ejercida por las madres que por los padres¹⁷⁰, salvo en los abusos sexuales, donde sigue predominando el agresor masculino.

Por otro lado y en otro orden, hay que referirse al Síndrome de Munchausen por poderes¹⁷¹, trastorno mental eminentemente femenino de escasa incidencia cuantitativa pero de extrema gravedad, ya que conlleva un elevado grado de mortalidad infantil, así como un difícil diagnóstico médico, siendo esencial el diagnóstico precoz para evitar daños irreversibles o graves en los menores. Por su propia naturaleza, raramente presenta rasgos de violencia ocasional, salvo que se detecte en su inicio, por lo que nos referiremos al mismo al hablar de la violencia habitual.

2-5-3-violencia contra menores de edad por no los no custodios o cuidadores

Nuevamente, es rara la violencia ocasional en el ámbito familiar, toda vez que o se encuadra dentro del derecho de corrección, o ni siquiera llega a lesionar al bien jurídico familia. Es relativamente frecuente en peleas entre hermanos, o la producida

¹⁷⁰ Arruabarrena, María Ignacia y De Paul, Joaquín en “Violencia y maltrato sobre menores” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010, pág. 174 y ss., quien derivan la diferencia cuantitativa por ser generalmente las madres quienes tienen mayor contacto con los menores y las que asumen mayores responsabilidades respecto de los mismos.

¹⁷¹ El Síndrome de Munchausen por poderes para De la Cerda Ojeda, F.; Goñi González, T.; y Gómez de los Terreros, I. en “Síndrome de Munchausen por poderes” en *Cuadernos de Medicina Forense online nº 43-44*, Sevilla enero-abril 2006, pág. 47 a 55, “constituye una forma peculiar de maltrato en el que uno de los padres -generalmente la madre- simula la existencia o provoca síntomas o signos en el niño con el objeto de buscar asistencia médica y maniobras diagnósticas o terapéuticas costosas o de riesgo.”

por abuel@s que muchas veces suplantán a los padres en funciones educativas y de cuidado de los menores.

Si tiene especial relevancia la violencia habitual contra los menores dentro un clima de violencia habitual contra la pareja, –a la que aquí si suele maltratarse como violencia de género–, e incluso suele suponer otra forma más de ejercer la violencia de género, al ejercerla sobre los miembros más vulnerables y sentimentalmente unidos a la víctima de la violencia de género–, y supone por tanto otra forma de dominación y menosprecio¹⁷². Nos remitimos a su estudio al apartado referido a la violencia habitual.

En otros supuestos más infrecuentes, la violencia contra los menores se ejerce por el cónyuge no custodio como forma de menosprecio hacia el fruto de una forma de vida anterior y diferente de la pareja/cónyuge, y/o como forma de reafirmar una situación de superioridad o dominación de los hijos propios o del propio agresor dentro del status familiar frente a los hijos ajenos. Por ello, este tipo de violencia también se da generalmente con carácter habitual.

¹⁷² En este sentido, la Ley Integral, 5/2005 de 29 de diciembre, contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, entiende por violencia de género "toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual, o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad. Asimismo, **se considera Violencia de Género la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquella**".

2-5-4-violencia indirecta contra los menores

No podemos olvidar que al hablar de menores hablamos de personas no formadas, y por tanto, aunque no sean los receptores directos de los actos violentos, la visualización de los mismos, la continua escucha de amenazas, vejaciones, insultos y degradaciones inciden de forma negativa en su formación como personas, y suelen conllevar que acaben asumiendo roles tanto de maltratador como de víctima o futuro sujeto pasivo¹⁷³ (por ello nuevamente es irrelevante el acto ocasional, desarrollándose esta violencia sobre todo mediante la habitualidad), de manera que según Morillas Cuevas y otros¹⁷⁴ hasta un 72% de los maltratadores durante su infancia crecieron viendo episodios de violencia en el ámbito familiar¹⁷⁵, mientras que como señala José R. Agustina¹⁷⁶, “la familia unida reduce las probabilidades de que los hijos inicien una

¹⁷³ Respecto a los menores, existe un elevado grado de riesgo de que los menores víctimas de violencia en el ámbito familiar, cuando ésta es habitual, con el paso del tiempo pasen de ser víctimas a ser victimizadores, tanto contra los padres o hermanos, como en sus sucesivas relaciones familiares a nivel de pareja y sus propios hijos. De ahí la importancia de romper la cadena de la violencia, tratando de evitar que los menores sean receptores no solo directos, sino indirectos de dicha violencia, conjuntamente con otras actuaciones extra-penales (educativas, sociales y laborales). A estos efectos, véase Las Teorías del Aprendizaje Social, en Garrido, Vicente; Stangeland, Per; y Redondo, Santiago en “Principios de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 644. Y sobre la asunción de los roles masculino-femenino durante la infancia y juventud, González García, María Pilar en “Amor, género y violencia en la pareja” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 49 a 54.

¹⁷⁴ Morillas Cueva, Lorenzo; Jiménez Díaz, María José; Luna del Castillo, Juan de Dios; Miranda León, María Teresa; Morillas Fernández, David Lorenzo; y García Zafra, Inés en “Sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos”, Editorial Dykinson, Madrid 2006, pág. 266.

¹⁷⁵ Por contra, San Martín Blanco, Carlos en “Violencia de género. Aproximación psicológica a las víctimas y agresores” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 162, manifiesta que aunque es una variable a tener en cuenta, no existe una relación causa efecto.

¹⁷⁶ Agustina, José Ramón en “Introducción II. La cohesión familiar como principal factor de protección: ¿existe un modelo deseable de familia para reducir la delincuencia violenta?” en

carrera delictiva, **al tiempo que protege a sus miembros frente a fenómenos de violencia intrafamiliares** y frente a victimizaciones provenientes del exterior”. A su anormal aprendizaje de normas de comportamiento adecuadas toda vez que su ámbito familiar no guarda un equilibrio entre los diferentes miembros de la familia, con una correcta relación entre los mismos basados en el respeto, el diálogo y el afecto, se une el hecho de vivir en un clima continuo de miedo a la espera de los futuros brotes violentos, lo que conlleva retraimiento personal, bajo rendimiento escolar, dificultades para relacionarse con terceros, empleo de la violencia o la intimidación para la resolución de conflictos así problemas de aprendizaje emocional y afectivo. Como manifiesta Lorente Acosta¹⁷⁷ “la identidad individual se forma tras reforzar aquello que cada persona considera que le da un valor en el reconocimiento que considera que los demás hacen de ella, proceso que se inicia en el contexto de la familia, donde se forma la identidad esencial con la que posteriormente se enfrenta en el proceso de socialización al resto de la sociedad, en una interrelación interactiva y dinámica en la que todos se reflejan en todos para consolidar aquello que es entendido como elemento positivo de su identidad, lo cual genera conflictos que sirven para cincelar la identidad de cara persona, pero también para limitar la de los demás. Y es en todo este proceso donde resulta clave la etapa joven”.

Por tanto, aunque el menor no sea el receptor directo del acto violento o vejatorio, al estar presente cuando éstos ocurren, y no tener la posibilidad de “escape” que podría tener un adulto para no presenciar los mismos, el menor lo acaba

V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010, pág. 5.

¹⁷⁷ Lorente Acosta, Miguel en “Juventud, identidad y violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 35.

interiorizando como un acto normalizado en las relaciones intrafamiliares, y careciendo de otras referencias educacionales en dicho ámbito, lo asume como el modo normal en que se relacionan los miembros del núcleo familiar. Y asimismo, cuando se utiliza al menor como excusa para la realización de los actos violentos o de menosprecio, no solo el menor está delante, sino que se le está culpabilizando inconscientemente de esa situación de violencia o vejación, haciéndole sentir responsable de la crisis familiar. De esta manera el menor se convierte en lo que Luis Rodríguez Manzanera denomina “víctima indirecta”¹⁷⁸.

Por todo lo mencionado, la violencia indirecta contra los menores se produce en dos estadios básicos; dentro de la violencia habitual, y en los procesos de separación y divorcios, aún cuando no hubiera actos anteriores de violencia habitual. A nivel penal consideramos que es fundamental identificar la violencia indirecta contra los menores, tanto en los supuestos de violencia habitual, como en los supuestos de utilización de los menores en los procesos de separación y divorcio, no tanto para la tipificación de los actos violentos como para la adopción de medidas cautelares y civiles, y/o de previsión de penas, y de esta manera evitar la desprotección de los menores en estos supuestos, donde los Tribunales no suelen actuar al no ser los sujetos pasivos, el entorno familiar gran parte de las veces no cuenta con medios o incluso capacidades personales para proteger debidamente a los mismos, y ello coloca a los menores en una situación de desprotección mayor incluso que cuando son sujetos pasivos directos de un mero acto violento ocasional, finalmente mucho menos lesivo.

¹⁷⁸ Rodríguez Manzanera, Luis en “Victimología”, Imprenta Aldina, 1990.

2-5-5-violencia contra los ancianos, personas dependientes o personas especialmente vulnerables

Son, cuantitativamente hablando, los grandes receptores de la violencia habitual, con mujeres y menores, y al igual que éstos, en muchas ocasiones son receptores de la violencia de forma indirecta. En todo caso, tanto la violencia habitual como la violencia ocasional contra ancianos, dependientes o personales especialmente vulnerables no trae causa o tiene como fin el afán de sometimiento, ya que por naturaleza, los sujetos pasivos ya se encuentran en una situación de inferioridad frente al sujeto activo y sometidas a éste, del que dependen en la mayor parte de los casos para su propia subsistencia. La violencia contra este colectivo suele traer dos causas; o bien el desahogo con los más débiles e incapaces de defensa de situaciones de frustración personal ajenas al sujeto pasivo y como medio de reafirmarse a sí mismo, o bien como forma violenta de reacción ante situaciones relativas al sujeto pasivo que escapan al control (demencias, alzhéimer, bajo control de necesidades fisiológicas, etc....) del sujeto activo¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Existen otros tipos de abusos contra los ancianos por parte de la familia que no son encuadrables dentro de los delitos de violencia de género o doméstica, pero que sin duda afectan a la estabilidad económica, familiar y emocional de los ancianos dependientes, como son los abusos económicos y de carácter patrimonial. Como señala Mondéjar Peña, María Isabel en “El acoso a las personas mayores” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 537, “los ancianos son desapoderados sin razón de la administración de sus bienes por sus familiares más jóvenes, sus cuentas bancarias vaciadas, engañados y presionados para realizar actos de disposición de sus bienes muebles e inmuebles reservándose, en el mejor de los casos respecto de estos últimos, el usufructo. Las actuaciones descritas deterioran la calidad de vida y la tranquilidad económica y emocional del mayor. Además, cuando estos actos son realizados en el ámbito familiar, se producen sentimientos contradictorios en el anciano, de afecto y a la vez de rechazo, por su dependencia emocional con quien realiza estos actos abusivos, lo que sin duda, en muchas ocasiones, les llevará a encubrir u ocultar estos comportamientos.”

Es además la violencia más difícil de detectar, por el propio aislamiento al que generalmente están sometidos (los menores tienen un mayor control aunque solo sea por la escolarización forzosa de éstos), sin control institucional¹⁸⁰, social ni en muchos casos familiar, y que frecuentemente se ve agravado por problemas físicos (imposibilidad de andar, de hablar, de ver...) o mentales. De hecho, los mayores factores de riesgo con ancianos son la edad, la dependencia, las enfermedades mentales y el aislamiento social, de manera que cuando más aumentan éstos mayores son los factores de riesgo¹⁸¹ de sufrir maltrato.

En cuanto al tipo de violencia empleada, no es tanto física (que también la hay) como de carácter vejatorio¹⁸², económico, intimidatorio o incluso consistente en el

¹⁸⁰ Como señalan De Couto Gálvez, Rosa, Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen en “La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal”, Editorial Colex, Madrid 2007, pág. 107 y ss., parafraseando a Díez-Picazo y otros, la protección de los ancianos es desempeñada por quien no tiene ninguna consideración legal para desempeñar el cargo de tutor.

¹⁸¹ En este sentido, Iborra Marmolejo, Isabel en “Introducción al maltrato de personas mayores” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 23 y ss., establece un mayor catálogo de Factores de Riesgo, distinguiéndolos en Factores Individuales (sexo, edad de la víctima, dependencia de la víctima, demencia, psicopatologías y vinculación familiar agresor-víctima), Factores Relacionales (estrés, agresividad de la víctima, dependencia económica del agresor, transmisión intergeneracional de la violencia y condiciones de convivencia), Factores Comunitarios (aislamiento social y falta de apoyo social) y Factores culturales (edadismo o estereotipamiento negativo del anciano y cultura violenta). Javato Martín, Manuel en “Violencia, abuso y maltrato de personas mayores” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 80, añade los Factores Sociales (deterioro de las reglas morales, desorganización del tejido social o culto al individuo) y los Factores Existentes en el Cuidador (abuso de sustancias o dependencia económica del cuidador respecto del anciano).

¹⁸² Zarate, Belén en “Violencia intrafamiliar sobre personas mayores” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010, pág. 259, menciona como forma de maltrato el menosprecio al pudor personal.

aislamiento, “cosificando” al anciano o dependiente como si ya no fuera miembro de la familia, ignorándolo y negándole la participación en las interrelaciones familiares. En este sentido, manifiesta Nieto Martínez¹⁸³ que “la negligencia es un maltrato por omisión, el que ejerce el maltrato no tiene ni siquiera a la víctima en su mente, la víctima percibe que no existe para el otro. (...) En este apartado estamos hablando de personas que interactúan con figuras de apego apáticas, en un clima de desesperación y de sin sentido, en él existe un fallo al responder a las conductas de apego y a las necesidades sociales y emocionales de los sujetos. Las interacciones en estas relaciones son superficiales, mínimas y poco estimulantes. La consecuencia de esto es que quien lo sufre se vuelve pasivo (...) interactuar con figuras hostiles, rechazantes y abusivos puede llegar a ser una experiencia muy traumática”.

Finalmente, ya hemos hecho referencia anteriormente al personal de instituciones al cuidado de ancianos o dependientes, que si bien no son formalmente familia, si se les puede considerar materialmente como parte de ésta en relación al sujeto pasivo objeto del cuidado, por cuanto suplanta a la misma desde el momento en que desempeña el cuidado del mismo constituyéndose en su fuente de apoyo afectivo, emocional, de protección, de otorgación de cuidados y de desarrollo personal. Aunque cuantitativamente no sea significativo, si lo es a nivel cualitativo, pues es de difícil diagnóstico y puede conllevar en los supuestos más extremos lesiones o la muerte del anciano¹⁸⁴ o dependiente “disfrazada” de muerte natural o de eutanasia. De forma

¹⁸³ Nieto Martínez, Isabel en “Los daños físicos y psíquicos en las víctimas de violencia y maltrato”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010, pág. 68.

¹⁸⁴ Gómez Tomillo, Manuel en “Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010,

general, la violencia en Centros se realiza sobre todo mediante tratos degradantes o mediante negligencia tales como falta de pudor, falta de higiene, falta de intimidad, falta de atención emocional, y en ocasiones, maltrato físico o poco cuidadoso en el manejo del anciano o persona dependiente¹⁸⁵. Asimismo, como mencionan Mirat, Armendáriz y Couto Gálvez¹⁸⁶, es frecuente la privación de libertad de los ancianos en geriátricos sin ningún tipo de control judicial y sin consentimiento del propio anciano.

En palabras de De Hoyos Sancho¹⁸⁷, las circunstancias de edad, dependencia económica y otras concurrentes en el anciano y la conjunción de todas o algunas de ellas, pueden provocar “una especial vulnerabilidad por la considerable elevación del grado de victimización secundaria o reiterada.”

pág. 194; “Las hipótesis de abandono descritas pueden traducirse en un resultado lesivo que implique un efectivo menoscabo de la salud o, incluso, de la vida de la persona mayor.”

¹⁸⁵ En este sentido, Javato Martín, Manuel en “Violencia, abuso y maltrato de personas mayores” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 113 y 114.

¹⁸⁶ De Couto Gálvez, Rosa, Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen en “La protección jurídicas de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal”, Editorial Colex, Madrid 2007, pág. 117 y 118.

¹⁸⁷ De Hoyos Sancho, Montserrat en “Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables: algunas particularidades procesales” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 254.

2-5-6-violencia entre otros miembros del núcleo familiar (herman@s, yernos, nueras, suegro@s, cuñad@s, prim@s y otr@s familiares por vínculos consanguíneos o legales).

Aquí las posibilidades de integración dentro del núcleo familiar son inmensas, dadas las múltiples variantes de relaciones familiares a nivel consanguíneo y legal existentes. Como ya hemos mencionado anteriormente, es necesario establecer criterios específicos para la consideración de integración familiar del sujeto activo y pasivo, que jurisprudencialmente viene establecido, más allá de los hermanos, mediante la convivencia familiar¹⁸⁸. Por nuestra parte entendemos que la convivencia familiar no debe ser tanto un requisito para la consideración de familia, sino que ésta debe ser uno más de los medios con los que pueda acreditarse la integración en la misma. Lo realmente relevante no es la convivencia familiar, sino que los sujetos pasivo y activo estén integrados en el mismo núcleo familiar, y que por tanto, los actos de violencia del segundo contra el primero afecten negativamente a la familia como bien jurídico protegido.

Es en este tipo de relaciones familiares donde cuantitativamente se da un mayor índice de actos de violencia ocasional, siendo mucho menores los actos de violencia habitual, toda vez que no suelen existir situaciones de sometimiento a estos niveles de

¹⁸⁸ Por ejemplo, la Sentencia nº 700/2011 de 23 noviembre de la Sección 16ª de la Audiencia provincial de Madrid manifiesta “que la interpretación gramatical del precepto, al compararse el inciso relativo a tales parientes, en el que no se hace alusión a la convivencia, con el inciso relativo al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, en el que expresamente se incluye en el tipo penal los supuestos de violencia aún sin convivencia, nos debe llevar a sensu contrario a considerar que no se contempla en el tipo penal los supuestos en que no haya convivencia entre los ascendientes, descendientes y hermanos, o dicho de otra forma, el delito del art. 173.2 del Código Penal exige, cuando se comete entre tales parientes, que exista convivencia entre éstos”

interrelación familiar, (a excepción de la violencia de género entre hermanos), y la causa de los actos violentos suelen estribar en múltiples causas ajenas a la misma (herencias, problemas económicos, problemas derivados de la atención respecto de dependientes o ancianos, etc....).

Sin embargo, hay que hacer una especial mención al incremento que se está sufriendo de menores que agreden a sus padres, por razones ajenas a la drogodependencia (que se ve en otro epígrafe) o a enfermedades mentales. Si bien es cierto que como en otros ámbitos del maltrato, no existe un perfil del menor maltratador¹⁸⁹, si concurren en el mismo determinadas características de forma general que pueden resumirse en; el periodo de edad del menor (adolescencia), niño extremadamente “consentido” desde la infancia, bajos niveles de empatía y nivel de baja tolerancia a la frustración. Son menores con un fuerte carácter egocéntrico y poco acostumbrados a que no se satisfagan sus deseos, siendo los desencadenantes de la violencia la negativa de los padres o tutores a dicha satisfacción.

2-5-7-violencia de toxicómanos hacia otros miembros del ámbito familiar

En este tipo de delitos el motivo principal de la violencia ejercida no deviene de problemas de género y ni siquiera de una personalidad violenta del sujeto activo, sino que el origen de la violencia estriba en la dependencia a las drogas o sustancias tóxicas, y no el desenvolvimiento familiar.

¹⁸⁹ Fernández González, Emilio en “El maltrato de hijos a padres. Algo más que un delito” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto Morales, Bosch Editor, España 2012, pág. 166; Ibabe, Izaskun y Jaureguizar, Joana en “El perfil psicológico de los menores denunciados por violencia filio-parental”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 6, número 9, 2011, pág. 4

En los supuestos de violencia ejercida sobre los menores, ésta no suele presentar mayores especialidades que la situación de dependencia del menor respecto del toxicómano o alcohólico custodio, y que hemos analizado anteriormente. En el caso de hermanos, tampoco hay mayores especialidades que entre otros sujetos.

La mayor problemática se plantea cuando la violencia se dirige contra el cónyuge o contra los padres. En estos supuestos hay que tener en cuenta varios aspectos de la violencia:

-La violencia no tiene raíces de género o desprecio por mala relación entre sujeto activo y pasivo. Gran parte de la violencia, sobre todo a los padres, está ocasionada por la adicción a sustancias tóxicas, tanto para obtener recursos económicos para su compra como por los efectos que ésta produce o ha producido sobre el sujeto activo ¹⁹⁰, desapareciendo la situación de violencia con la deshabitación de éste y en su caso, con el tratamiento específico de las enfermedades que pueda haber producido.

-Suele concurrir la negativa, sobre todo de los padres, a la judicialización de los hechos, y cuando finalmente se deciden a denunciar rara vez declaran ante el Juzgado, y aún cuando lo hacen, suele ser con la intención última de que a través del Juzgado de Instrucción o Penal, por parte de las administraciones se tomen medidas respecto a

¹⁹⁰ La drogodependencia de larga duración suele conllevar que el sujeto activo haya desarrollado tanto enfermedades físicas (VIH, tuberculosis, hepatitis, etc....) como enfermedades mentales (trastornos paranoides, esquizofrenias, trastornos bipolares...), que perduran aún cuando se produzca la deshabitación del sujeto activo.

obligar a la deshabitación del sujeto activo, tras un largo periplo por instituciones o administraciones de carácter social.

-Los drogodependientes de larga duración suelen haber desarrollado múltiples enfermedades físicas, tales como VIH, hepatitis, tuberculosis o enfermedades respiratorias, y también psíquicas, tales como trastornos de personalidad, esquizofrenia o trastorno bipolar, que no son tratados en centros de salud u hospitalarios por el alto nivel de agresividad que plantean por su adicción a las sustancias tóxicas y estupefacientes, y por tanto, la única asistencia sanitaria que reciben es la que les proporcionan los padres o el cónyuge. Tras la primera condena y con la imposición de la pena de alejamiento, la relación entre padres/cónyuge y agresor se vuelve mucho más complicada por cuanto la misma, ya conflictiva de por sí, se vuelve además necesariamente clandestina ante la prohibición judicial de acercamiento. La voluntad de padres o cónyuges de seguir prestando asistencia sanitaria al agresor, así como el suministro de alimentos, prestación de cobijo, etc...., choca frontalmente con la pena de alejamiento. De esta manera se produce la paradoja de que el único tratamiento o asistencia que recibe el agresor drogodependiente enfermo es el que le proporciona la víctima, y por tanto, la ayuda que recibe no solo el agresor, sino la propia víctima, para tratar de frenar el círculo vicioso droga-enfermedad, agresión es la que proporciona dicha víctima, la cual lo hace además favoreciendo el quebrantamiento de la pena (o en su caso medida cautelar u orden de protección) acordada para garantizar su seguridad, y por tanto, de forma ilegal¹⁹¹.

¹⁹¹ Ilícito penal de quebrantamiento de pena o medida cautelar del art. 468-2 salvo que acompañe a un acto de violencia o contra la libertad, en cuyo caso ya se contempla dentro de cada tipo correspondiente de los arts. 153, 171 y 172 Código Penal.

–Aún en los supuestos en que el drogodependiente–enfermo reciba tratamiento especializado en centros de salud o deshabituación, dichos tratamientos (cuando son de deshabituación o tratamiento mentales) requieren apoyo familiar, que como en el supuesto anterior, la pena/auto de alejamiento impide proporcionar si no es clandestinamente de espaldas a la administración y quebrantado dicha pena/auto, y por tanto, nuevamente de forma ilegal.

2-6 Violencia habitual intrafamiliar y de género

La violencia habitual sobre un mismo sujeto, o sobre un mismo núcleo de personas, es una práctica que se reduce a ámbitos sociales muy concretos, con una gran interacción entre los sujetos de la pareja penal, y por ello, los principales focos de violencia habitual se dan en el entorno laboral, el entorno escolar y sobre todo, el ámbito familiar. Ya dentro de éste último entorno, la violencia en el ámbito familiar por un lado puede ser o no violencia de género, y por otro lado puede ejercerse contra un único miembro del núcleo familiar o contra diferentes miembros del mismo (sean éstos la totalidad o no de los integrantes del núcleo).

Cuantitativamente hablando, los principales receptores de violencia habitual en el ámbito familiar son las mujeres, los menores, y los ancianos o dependientes, si bien el legislador no ha realizado en esta ocasión diferencias de trato hacia unos ni otros por razón de género, recibiendo el mismo tratamiento legislativo a todos los niveles (gravedad de la infracción, tratamiento punitivo...) todos los integrantes del núcleo familiar con independencia de quién sea y qué sexo tengan el sujeto activo y el sujeto pasivo.

En cuanto a las consecuencias de la violencia habitual en el entorno familiar son devastadoras, ya que incide a todos los niveles en la estructura familiar e incluso afecta a la estructura social; supone la ruptura y desintegración de los lazos afectivos o su enviciamiento (lo que conlleva, en el caso sobre todo de menores, un aprendizaje erróneo en las formas de relaciones afectivas y emocionales que desarrollarán en el futuro); dificultades de desarrollo personal por cuanto afecta a la autoestima y a la concepción que los miembros de la familia tienen de sí mismos y de los restantes miembros; socialmente produce aislamiento e incapacidad de relacionarse con otras personas, incluida la familia extensa; absentismo laboral; económicamente puede llegar a suponer una merma en los ingresos familiares cuando conlleva el cese de actividades laborales por parte de la víctima adulta, o a medio y largo plazo, peores oportunidades de acceso al mercado laboral respecto a los menores –víctimas (directas o indirectas) dado el descenso de rendimiento escolar y el proceso de aislamiento familiar y social; supone una ruptura de lazos de confianza, respeto y apoyo, que inciden negativamente en la apreciación de las propias capacidades personales; tendencia a desarrollar determinadas enfermedades tanto físicas (dolores de cabeza, problemas ginecológicos, estados de ansiedad, abortos, fracturas, problemas de desarrollo físico...) como psicológicas (trastornos de personalidad, trastornos alimentarios, disfunciones sexuales, depresiones, trastornos pseudopsicóticos, trastornos de desarrollo psicológico...); tendencias suicidas; falta de normas consensuadas y estables en la crianza de hijos, así como falta de autoridad real y respetada, que conlleva graves carencias educacionales respecto de éstos y la falta de asunción de normas sociales y de convivencia básicas; propicia la búsqueda de “vías de escape” en el alcohol, las drogas o la ludopatía; aumento de embarazos adolescentes,

aumento del empleo de la violencia en el ámbito social; aumento de los gastos administrativos en Seguridad Social, Sanidad o Servicios Sociales; y esto, mencionando solo los efectos más importantes que se producen en el entorno familiar y social como consecuencia de la violencia habitual¹⁹².

Asimismo, los perjuicios provocados por la violencia habitual se extienden temporalmente mucho más allá del periodo concreto en que se producen los actos que la conforman, e incluso de todo el periodo en el que la violencia habitual se desarrolla, llegando a producir secuelas irreparables en los casos más extremos. Ello, por cuanto la propia idiosincrasia de la violencia habitual conlleva la perpetuación del miedo más allá de los meros actos concretos en los que éste se funda, creando un clima de miedo perpetuo que se convierte en un estado de agresión permanente¹⁹³ que convierte en absolutamente irrespirable la atmósfera familiar. Por ello, aún cuando ya se ha concretado el último acto de la violencia, e incluso el sujeto activo ya ha sido detenido, o sentenciado o condenado, permanece aún el clima de miedo, tanto de que el agresor si resulta absuelto o en su caso cumpla la condena regrese a la familia y reanude la comisión de actos violentos, como de que la violencia sea ejercida por otros miembros del núcleo familiar (la nueva pareja, el/la padrastro/madrastra, etc....). Si ya de por sí los delitos más graves, como por ejemplo las violaciones o agresiones sexuales, conllevan que durante un periodo de tiempo más o menos largo la víctima arrastre una situación de miedo a volver a sufrir otra agresión de tales características, no hay que olvidar que la violencia en el ámbito familiar se produce en el ámbito más íntimo

¹⁹² Véase Zúñiga Aguilar, Jorge Alberto en "Transdisciplina y violencia familiar" en *Revista Criminológica y Sociedad*, Revista nº 2, Septiembre 2012, pág. 3 y 4.

¹⁹³ En este sentido, véase las Sentencias del Tribunal Supremo 927/2000 de 24 de junio, 645/99 de 29 abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001 de 5 marzo

y personal del individuo, y donde mayor protección y seguridad recibe y otorga. Por ello, la violencia habitual dentro del más sagrado ámbito de protección del individuo y de forma reiterada conlleva una mayor sensación de desprotección y vulnerabilidad, que necesariamente se manifiestan en un temor constante a nuevas agresiones, incluso provenientes de personas diferentes al propio agresor.

2-6-1-Violencia habitual contra un único miembro del núcleo familiar

La violencia habitual contra un único miembro del núcleo familiar suele estar marcada por uno de estos dos factores; por una razón de género o sexo, o por una razón de especial vulnerabilidad del sujeto pasivo¹⁹⁴.

En cuanto a la violencia de género ésta es sufrida esencialmente por mujeres y por homosexuales, hermafroditas y transexuales. En el primero de los supuestos generalmente es la esposa o pareja sentimental la víctima, aunque también es significativo el número de hijas y madres víctimas de violencia de género. En el caso de las hijas, la violencia suele comenzar a manifestarse contra las mismas con el inicio de la pubertad, cuando la menor muestra síntomas físicos de que abandona la niñez y se está convirtiendo en mujer, momento en que el progenitor (usualmente el padre, pero también es frecuente que la violencia se ejerza por las madres y abuel@s¹⁹⁵, sobre todo

¹⁹⁴ Para Francisca Expósito Jiménez, Francisco; Herrera, María del Carmen y Herrera, Antonio en “Ley integral contra la violencia de género: Balance del primer periodo de funcionamiento de los juzgados especializados” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 105, manifiesta la ausencia de un perfil y circunstancias sociales responsables de la violencia, dando prioridad al contexto cultural.

¹⁹⁵ En este sentido, para Cruz Márquez, Beatriz en “Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzada de la L.O. 1/2004, de protección integral contra la violencia de género”, Estudios Penales y Criminológicos vol. XXX, 2010, pág. 94,

en población emigrante procedente de países islámicos, subsaharianos, sudeste asiático y de zonas de Europa del Este, que tienen a perpetuar patrones culturales propios) comienza a usar la violencia como medio de que la menor asuma el rol de mujer en la concepción estereotipada y machista acorde a las reglas sociales en las que se integra el núcleo familiar. En el caso de violencia hacia las madres, la violencia de género usualmente se produce por hijos que han sufrido, aunque sea de forma indirecta, violencia habitual, y han asumidos como propios los valores machistas de desprecio hacia la mujer, así como la absoluta depreciación de la figura materna y su “cosificación” dentro de la estructura familiar.

La violencia de género ejercida contra homosexuales, transexuales y hermafroditas suele tener fundamento en la vergüenza, generalmente paterna (la mujer suele aceptar mejor la homosexualidad de los hijos) que supone para la familia el miembro homosexual, y se busca evitar el peligro que supone la figura del homosexual-transexual frente a los estereotipados conceptos de hombre o de mujer, y por tanto, la reafirmación de la masculinidad o feminidad no solo del sujeto pasivo, sino incluso del sujeto activo o del núcleo familiar, que se ve puesto en entredicho a nivel sexual, educativo y social desde la propia óptica del agresor. Ello se ve agravado por el desconocimiento general respecto a en qué consiste la homosexualidad, transexualidad y hermafroditismo, y a la estereotipada e ignorante concepción de los mismos como personas viciosas o depravadas, e incluso su asimilación a la pedofilia.

“llama la atención, junto a la sólida estabilidad de las cifras referidas a las agresiones cometidas por hombres, el incremento significativo del porcentaje de supuestos en que tanto víctima como agresora son mujeres, que registra un incremento del 16% al 32,4%”.

La violencia de género contra los hombres suele traer su causa en una concepción feminista extrema que considera a todo hombre como “machista, que busca dominar a la mujer”, utilizando la violencia contra el hombre para invertir la situación de desigualdad histórica sufrida por ésta, y con menor frecuencia, para evitar sufrir ellas mismas violencia de género (generalmente por mujeres que han sido víctimas de menores de violencia de género tanto directa como indirecta) previniendo mediante el ataque. En estos supuestos, predomina la violencia psíquica, y cuando es física, suele ser de menor entidad comparativamente hablando con la ejercida por los hombres. El sujeto pasivo suele ser el esposo/pareja sentimental, pero también se da respecto de los hijos, especialmente por madres en familias monoparentales respecto de los hijos varones menores. De esta manera, el prototipo de hombre maltratado es aquel que es vejado de forma continua en los roles principalmente asignados al concepto histórico-social de “hombria” o masculinidad como son el aspecto laboral, el status social o las capacidades amoratorias. Se hace burla pues de la insatisfacción sexual y el aburrimiento que produce la víctima hacia el victimario, se hace hincapié en sus fracasos laborales, su escasa progresión en los puestos de trabajo que desempeña comparativamente con otros hombres, el insuficiente nivel de vida que proporciona a su familia y su escaso prestigio social. Aunque el hombre maltratado sea el que trabaje fuera de casa, será el sujeto pasivo el que controle la economía familiar. Cuando se hace uso de violencia física, ésta tiende a ser de menor entidad que la producida a la inversa, y se concreta en collejas o bofetones, pequeños arañazos, más con intención de humillación que de lesión en sí misma. Las amenazas se convierten también en continuas, pero no referidas a su integridad física o vital, sino destinadas a un chantaje emocional (amenaza de pérdida de la vivienda, de los hijos, de capacidad económica por el pago de altas pensiones, etc....) así como la violencia

verbal, la más idónea para la humillación y minusvaloración de la víctima. En todo caso, este tipo de violencia es más difícil de detectar que otras, dado el menor uso de la violencia física y por tanto de la existencia de lesiones, el oscurantismo y hasta la negación que rodea al hombre maltratado por la esposa, el miedo al ridículo social que padece la víctima y la sensación que le domina de hacerse patente su escasa virilidad (que es precisamente lo que le ha echado en cara el sujeto pasivo), lo que conlleva que los hechos no se denuncien y se mantenga la situación, renunciando incluso a otros medios de escapar de la violencia tales como la separación o el divorcio ante el miedo a que se haga pública su situación.

Especial referencia hay que hacer al Síndrome de Munchausen por poderes. Este trastorno afecta casi en exclusividad a las mujeres, que son por tanto el sujeto activo, y si bien viene recogido clínicamente como un trastorno que está vinculado a los menores, puede darse también respecto de terceras personas vinculadas afectivamente al sujeto activo (generalmente esposo y ancianos y personas especialmente vulnerables). Mediante el Síndrome de Munchausen por poderes, la mujer provoca la enfermedad en el sujeto pasivo, a veces varios al mismo tiempo, de manera que pueda cuidarles y prodigarles toda la atención sanitaria y afectiva necesaria, convirtiéndose en cuidadoras solícitas y atentas, y que no delegan ni siquiera en el personal sanitario ni los servicios más básicos. Cabe aplicar aquí las eximentes y atenuantes genéricas de los artículos 20-1 y 21-1 del Código Penal, y asimismo, dada la naturaleza de la agresión, no podemos incluir la violencia, aunque sea habitual, dentro de la violencia de género, ya que no es el desprecio hacia el sexo del sujeto pasivo el que motiva la violencia del sujeto activo, sino que es la propia necesidad de sentirse útil y necesaria, y de prodigar los cuidados al sujeto pasivo lo que

motiva que cree la situación de necesidad mediante el acto violento, el cual además se realiza subrepticamente (el envenenamiento es el medio idóneo desde el momento en que el sujeto pasivo tiene conciencia y capacidad de manifestarse y por tanto de expresar que sufre actos violentos) de manera que no es detectado ni siquiera por el propio sujeto pasivo. Ello conlleva gran dificultad tanto al diagnosticar la enfermedad e identificar a los sujetos pasivos y activos del delito¹⁹⁶, como a efectos probatorios.

La violencia de género contra la mujer ha sido muy estudiada, aunque sea desde épocas relativamente recientes, y han podido determinarse como funciona la misma, concretando las formas y medios en que el agresor consigue y perpetúa su situación de dominio y desprecio (la conocida como rueda de la violencia), así como los ciclos en que está se desarrolla (ciclo de la violencia) y las fases por las que atraviesa la víctima de la violencia. Dada su importancia, les dedicaremos un apartado específico más adelante.

Finalmente la violencia contra sujetos especialmente vulnerables no trae causa en el desprecio del sujeto activo hacia el sexo de la víctima, la cual generalmente por

¹⁹⁶ Existe un protocolo médico para diagnosticar supuestos de Síndrome de Munchausen por poderes, y que consiste básicamente en identificar los siguientes indicadores; que los síntomas del niño no encajan en un cuadro clásico de enfermedad o no concuerdan entre sí; que el tratamiento de la enfermedad conlleva una baja tolerancia y no produce los efectos deseados a pesar de lo adecuado del mismo; que los síntomas del niño mejoran en el hospital pero reaparecen en el hogar; que el progenitor es demasiado atento o servicial; y que el progenitor con frecuencia está involucrado en un campo de atención médica, como la enfermería. Véase Brahm M., Paulina y Martínez G.. Javiera en “Maltrato infantil oculto: síndrome de Munchausen por poder”, disponible en medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/120.html el 05-06-2013, y en Kaneshiro, Neil K; Dugdale, David C.; y Zieve, David en “Síndrome de Munchausen por poderes”, traducida por el Dr. Tango, en *A.D.A.M. Health Solutions*, Febrero 2011, disponible en www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001555.htm el 05-06-2013

su situación de vulnerabilidad y de “carga” familiar se “cosifica” y abstrae del sexo. La violencia se ejerce generalmente como modo de desahogo tanto de situaciones relativas a la persona vulnerable derivadas de su cuidado y/o coste económico, social y familiar que supone, o como chivo expiatorio de otras frustraciones del sujeto activo (laborales, sexuales, familiares) y que encuentran fácil salida en personas que pueden ejercer una débil o nula defensa. También es frecuente la “violencia pasiva”, ejercida mediante la ignorancia e invisibilidad del anciano o persona vulnerable, su abstracción de la estructura familiar y la imposibilidad de participación en la misma.

En todos los supuestos, la violencia habitual ejercida contra un único miembro de la familia afecta al normal desenvolvimiento familiar general, ya que el clima de temor constante no solo lo sufre el sujeto pasivo, sino que se extiende también hacia el visualizador de la violencia y al conocedor de la misma aún sin visualización, ante el temor de que la violencia puede volverse contra cualquiera de ellos, y en todo caso, afecta a un miembro familiar con el que existen lazos intensos de unión. Ello sin perjuicio del sufrimiento de las consecuencias reseñadas en el apartado anterior.

2-6-2- Violencia habitual contra diferentes miembros del núcleo familiar

En estos supuestos la violencia puede tener un componente solo de género (por ejemplo, violencia contra todas las mujeres del ámbito familiar por su condición de mujer estableciendo prevalencia no solo del agresor, sino de los otros miembros masculinos del núcleo familiar).

Puede traer causa diferentes al género (utilización de la familia como desahogo de frustraciones externas o frustraciones derivadas de la propia familia que considera indigna de él, o naturaleza violenta del sujeto activo – generalmente por haber sido asimismo víctima directa o indirecta de violencia familiar-).

O puede traer causas mixtas en las que se una un desprecio de género por ejemplo hacia las mujeres y homosexuales, con un carácter de por si violento que se dirige hacia todo el núcleo familiar, estratificando la familia en diversas categorías en función del grado de violencia dirigido hacia los sujetos pasivos¹⁹⁷, de manera que el sujeto activo se sitúa en la cúspide, homosexuales y mujeres en la base, generalmente la esposa por debajo de las hijas, y en el medio los otros miembros masculinos, entre los que predominan los que presentan un carácter más “masculino” y cercano a la concepción del sujeto pasivo de lo que es un hombre, y más abajo los que presentan rasgos menos masculinos (por ejemplo, hijos más afectuosos, más “enmadrados”, o incluso más estudiosos –los cuales además por su superior educación pueden ser mayores receptores de violencia por la situación de inferioridad en que colocan al maltratador por muestras de una mayor capacidad intelectual-).

Cuando el maltrato va dirigido hacia los menores, es frecuente junto al maltrato físico, los maltratos por negligencia (a los que son de aplicar lo expuesto respecto de los ancianos) y el maltrato psicológico mediante la hostilidad, los insultos y la humillación crónica¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Se refiere también al maltrato respecto a los hijos con independencia del sexo que sean como muestra de poder y de desigualdad entre estos y el agresor, Castelló Nicás, Nuria en “Concepto general de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 63.

¹⁹⁸ Martín Sánchez, Laura en “El buen trato a la infancia” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto

Morales, Bosch Editor, España 2012, pág. 38 y ss., clasifica el maltrato infantil en Maltrato Físico, Abandono o Negligencia, y Maltrato Psicológico /emocional.

3-Cuestiones criminológicas en el modo de producción de la violencia habitual contra la mujer

La violencia habitual contra la mujer no aparece de la noche a la mañana. El agresor no es un día una persona encantadora y maravillosa, y al día siguiente comete multitud de actos violentos contra la víctima. El proceso de la violencia en el ámbito familiar es un proceso paulatino y generalmente lento, que se introduce en la familia sin que en sus primeros inicios sea ni siquiera reconocida por los propios afectados hasta que la misma llega a unos niveles altos de agresividad¹⁹⁹. Como manifiesta Arechederra Ortiz²⁰⁰, “la violencia es un proceso que evoluciona siguiendo una progresión creciente, tanto en la frecuencia con que aparece, como en la intensidad que alcanza. No sucede de forma puntual. Cuando aparece un golpe, podemos decir

¹⁹⁹ En sentido contrario Trias Capella, María Eulalia; Martín-Fumadó, Carles; Taranilla Castro, Ana M.; Trias Capellab, Ramón; Bernal Martí, Xavier; y Rebollo-Soria, M. Carmen en “Estudio descriptivo de la violencia de género: análisis de 404 casos” en la *Revista Española de Medicina legal*, 2012, disponible en internet el 10-06-2013, pág. 10. Manifiestan los autores en el artículo que “un dato importante aportado por nuestra investigación es que los primeros años de la relación concentran la mayoría de episodios de violencia, con una frecuencia decreciente según aumentan los años de relación de pareja. Este dato, junto a la edad tipo de la víctima (20-40 años), podría tenerse en cuenta en programas de educación no sexista, que hicieran especial hincapié en la detección precoz de actitudes machistas al inicio de la relación”. A estos efectos podemos objetar que los primeros actos de maltrato no constan en las estadísticas porque no son apreciados por las víctimas (el aislamiento familiar o social, el menosprecio, expresiones como “cállate, que tú no sabes nada”) no están vinculados mentalmente al maltrato, y por tanto, no se computa como tal, y suelen referirse al mismo únicamente como actos violentos, que son el último estado de la agresión, y éstos sí que pueden decrecer con la convivencia después de haber alcanzado un cenit de agresión, tras el acoplamiento y sumisión del sujeto pasivo hacia el activo, el menor grado de actividad que vamos realizando con los años, y la disminución de desencadenantes de la violencia por la asunción de los roles masculino y femenino en el ámbito familiar, todo ello siempre y cuando la violencia sea causada por motivo de sexo o género.

²⁰⁰ Arechederra Ortiz, Ángeles en “La violencia masculina contra las mujeres en las relaciones de pareja. Proceso y consecuencias”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010, pág. 25.

que un largo proceso de control, dominio, y miedo ha comenzado hace tiempo, de forma sutil y poco visible”.

Por ello es necesario, para poder actuar a todos los niveles (penales, sociales, civiles, laborales y administrativos), comprender como funcionan los llamados ciclo de la violencia y rueda de la violencia o del poder, y en qué momento puede intervenir respecto de las víctimas. Asimismo, también es necesario tener unas mínimas nociones acerca del agresor y la víctima, tanto a nivel genérico como a nivel de violencia de género.

3-1 El agresor o victimario, un acercamiento criminológico

El agresor, victimario o victimizador es aquel que, como manifiesta Cabrera Forneiro²⁰¹, “produce daño, sufrimiento o un padecimiento a la víctima”. Desde los inicios de la Criminología se ha tratado de explicar por qué una persona es o se convierte en victimario. Desde el mito lombrosiano y su delincuente nato, loco, loco moral, ocasional, pasional o epiléptico²⁰² que parte de los postulados de la antropología criminal, para los que “el delincuente pertenece a una sub-especie humana inferior, degenerada y mórbida²⁰³”, a la perspectiva sociológica de Ferri o del

²⁰¹ Cabrera Forneiro, José en “Crimen y castigo: investigación forense y criminológica”, Ediciones Encuentro S.A., Madrid 2010, pág. 116.

²⁰² Lombroso, Cesar y Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses en “El Atlas de Lombroso”, Editorial Maxtor, Valladolid 2006, pág 3.

²⁰³ Otín del Castillo, José María en “Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación policial”, Editorial Lex nova, Valladolid 2009 , pág. 28

delito natural de Garofalo²⁰⁴, pasando por las aportaciones de la neurofisiología o la genética criminal, la psicopatología, los modelos psicológicos, sociológicos y las teorías plurifactoriales, con todas su multitud de variables, todas las diferentes escuelas y modelos han tratado de dar explicación a las causas de la delincuencia centrados bien en el victimario, bien en el entorno que le rodea. El círculo no se ha cerrado, o mejor dicho, no hemos llegado a una meta, a una conclusión definitiva que nos permita explicar el por qué en toda sociedad, en toda cultura, en todo tiempo histórico, existen y han existido delincuentes y existe y ha existido el delito, y continuamente cada nuevo autor trata de explicar los motivos que nos permitan entender el por qué el delincuente delinque. No es este un trabajo de investigación que nos permita explicar y ni siquiera tratar someramente cada una de estas teorías, modelos o explicaciones respecto al binomio delincuente-delito, pero si hemos de prestar mínimamente atención a algunas, las más importantes desde los concretos delitos que estamos estudiando que sí creemos que tienen relación con el victimario de violencia de género que veremos después, tipo delincuencia que además, haya tenido o no reconocimiento legal como delito o infracción penal, siempre ha estado presente en nuestra sociedad.

Las primeras teorías a tener en cuenta son las sociológicas, especialmente las plurifactoriales, que hacen énfasis en atribuir el “comportamiento criminal a una pluralidad de factores heterogéneos (rasgos básicos del delincuente, vida familiar del mismo, incidencia de la escuela, organización del tiempo libre, etc.)²⁰⁵”

²⁰⁴ Baratta, Alessandro en “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, Siglo XXI Editores, octava edición 2004, pág. 31 y ss.

²⁰⁵ García-Pablos de Molina, Antonio en “Tratado de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 734.

La Escuela de Chicago²⁰⁶ pone su énfasis en la relación existente entre la criminalidad y el factor ambiental, y de las que, puestas en relación con las teorías de la subcultura²⁰⁷, nosotros tomaremos la especial importancia que inciden en el victimario del ambiente familiar y las condiciones en que se desarrolla, y el subgrupo social al que pertenece o en el que se integra el grupo familiar y las normas de comportamiento social que este subgrupo impone (etnias minoritarias, colectivos de emigrantes,...)

Y finalmente, las teorías del aprendizaje social²⁰⁸, que pone el énfasis delincuencial en el aprendizaje del mismo por el victimario mediante la observación y la imitación, de especial importancia para los menores víctimas de violencia tanto directa como indirecta, que tienden a reproducir los modelos conductuales aprendidos.

Estas teorías nos pueden ofrecer pautas que expliquen, de forma conjunta por la confluencia de ellas, o por la concurrencia de uno solo de los factores, de circunstancias que favorecen la comisión de los delitos de violencia de género y que conllevan que un individuo se acabe siendo un victimario, aunque no nos permitan establecer una causa única o un perfil del victimario intrafamiliar, del mismo modo

²⁰⁶ Vicente Cuesta, Miguel Ángel en “Sociología de la Desviación. Una aproximación a sus fundamentos”, Editorial Club Universitario, Alicante 2011, pág. 85 y ss.

²⁰⁷ Lamnek, Siegfried En “Teorías de la Criminalidad”, Siglo XXI Editores, quinta edición 2002 pág. 26 y ss.

²⁰⁸ Álvaro Estramiana, José Luis en “Psicología social: perspectivas teóricas y metodológicas”, Siglo XXI Editores, Madrid 1995, pág. 47 y ss.

que tampoco han podido ofrecer una teoría que conceptúen de forma unitaria las causas del delito.

Por ello, y en cuanto a la figura de este victimario, no podemos dar una imagen unitaria del mismo relativo a los delitos de violencia doméstica y de género, dada la amplísima variedad de modalidades contempladas en el articulado del Código Penal, que ha unificado conductas de gravedad real y potencial extrema gravedad (la violencia habitual, que en más ocasiones de las que nos gustaría comentar desemboca en homicidios y asesinatos) con figuras de naturaleza leve y ocasional (maltrato, amenazas leves o coacciones leves). Pero si hay una imagen de agresor que se nos viene inmediatamente a la cabeza cuando hablamos de violencia doméstica y de género, y es la del agresor hombre que comete multitud de actos violentos y represivos, sean o no delictivos, contra su esposa-pareja y/o los hijos del matrimonio y eventualmente otras personas integradas en el núcleo familiar (madre, cuñada, hijos de la pareja etc.).

Sin negar la existencia de este prototipo de maltratador, que se corresponde verazmente con una parte importante de la realidad social de la violencia doméstica y al que nos referiremos en el apartado 3-4, no podemos confundir ni identificar el término con un concreto subtipo integrable dentro del mismo. Existen otros tipos de agresores que ya hemos mencionado concretamente en los apartados 2-4, 2-5 y 2-6 al referirnos a los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar. La disparidad de causas y circunstancias que influyen, condicionan o favorecen que un sujeto se convierta en agresor en un delito de violencia doméstica o de género (educación, carácter agresivo del individuo, dependencia a sustancias alcohólicas, tóxicas o

estupefacientes, entorno social y raíces culturales o hasta genéticas²⁰⁹), debería tenerse en cuenta a la hora de determinar la intervención con el mismo, tanto desde el punto de vista de la individualización y ejecución de la pena como desde la mediación en cualquier ámbito de aplicación de la misma. Como dice Herrero Ortega²¹⁰ “lo que todo ciudadano, jurista o no, debe de perseguir, es que el maltratador no siga reiterando ese comportamiento con la mujer, y además, dada la edad de muchos de los condenados por estos inaceptables hechos hay que evitar que puedan establecer de nuevo relaciones con nuevas mujeres a las que puedan someter y maltratar.”

Hasta ahora, el agresor de violencia ha sido tratado única y exclusivamente desde un punto de vista punitivo, y desde un punto de vista del riesgo que supone hacia la víctima. Sin embargo, apenas ha sido tenido en cuenta por el legislador de cara a una intervención más profunda y además consensuada con el mismo para analizar y tratar las causas de su conducta agresora²¹¹. Si pretendemos que el agresor no solo cumpla una pena en pago retributivo por el daño causado y proteger a una concreta víctima aún en contra de su voluntad durante un periodo de tiempo mediante la imposición de esa pena, sino proteger a todas las potenciales y futuras

²⁰⁹ Está en estudio si el famoso gen XYY o “superhombre” tiene relación con mayores índices de agresividad y por tanto propensión a cometer delitos violentos, generalmente de carácter sexual, cuando se combinan con otros aspectos concurrentes, como los ambientales, etc....

²¹⁰ Herrero Ortega, Antolín en “Víctima y Agresor en la Violencia sobre la Mujer” en V.V.A.A. // *Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 421.

²¹¹ Como dice De Hoyos Sancho, Montserrat en “Particularidades de la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género”, en V.V.A.A. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. Cristina Guilarte Martín-Calero, Editorial Lex Nova, Valladolid 2009, pág. 184, “como de forma casi incontestable vienen poniendo de relieves los últimos informes y estudios que analizan la evolución de los datos sobre violencia doméstica y/o de género en nuestro país, concretamente desde la entrada en vigor de la Ley 1/2004, una estrategia criminológica basada en la expansión y agravamiento de los tipos penales es manifiestamente insuficiente en este ámbito”.

víctimas del mismo agresor, será necesario articular todos los medios posibles para conseguir tal fin, y uno de ellos es sin duda, la mediación, la cual no es ni debe ser un sustitutivo de la pena, sino que puede y debe ser un complemento de la misma.

Que exista un cierto número de agresores que no sean susceptibles de acceder a la mediación, por sus características personales o por su propia voluntad, no debería ser obstáculo para que los agresores susceptibles de someterse y con voluntad de ello, no puedan acceder a la misma por normas imperativas que no encuentran apoyo social, criminológico ni jurídico²¹². Teniendo en cuenta que para la mediación es necesaria la voluntad de víctima y agresor, no se vulneran los derechos de la misma

²¹² La Fundación Pública Andaluza “Centro para la Mediación y Arbitraje de Andalucía” de la Consejería de Justicia e Interior, en su página disponible el 24 de julio de 2013, www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal se expresa en cuanto a la imposibilidad de aplicar la mediación en los delitos de violencia de la forma siguiente; “En los delitos que se producen en el ámbito de la **violencia de género**, debido al posible desequilibrio de poder o tensión emocional entre las partes, **NO podrá iniciarse un proceso de mediación penal**, al estar vetado por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. A esta aseveración no podemos sino objetar en primer lugar, que se niega la mediación en la previsión de que pueda haber una situación de desequilibrio de poder o tensión emocional, con independencia de si efectivamente concurren éstas. En segundo lugar, ¿no existe precisamente la figura del mediador para corregir dichas situaciones y reconducirlas de manera que se fomente una situación de igualdad? ¿Y no es precisamente el modo más idóneo de conseguir una situación de igualdad en la pareja que dicha situación sea asumida voluntariamente por el agresor? También se posiciona en contra de la mediación la doctrina feminista. Como muestra Romito, Patrizia en “Un silencio ensordecedor: la violencia ocultada contra mujeres y niños”, Ediciones de Intervención Cultural S.L., España 2007, pág. 98, “la práctica de la mediación requiere, de hecho, que los ex cónyuges se concentren en el presente y en el futuro sin rememorar el pasado y los correspondientes conflictos. Además, y esto es también un aspecto decisivo, eventuales denuncias o procedimientos judiciales deben ser sopesados. Estas disposiciones son problemáticas para las víctimas de violencia “doméstica”: no considerar el pasado es más fácil y sobre todo más ventajoso para el hombre violento que para la mujer maltratada. Si la mujer trata de discutir esto – por ejemplo, constatando que encontrarse con el marido para “entregar” a los niños la pone en una situación peligrosa, o expresando el temor de que él los abandone o los maltrate- será reprendida porque no se somete a las reglas y es tildada de mujer vengativa o rencorosa...”. Entendemos que dicha aseveración es demostrativa del desconocimiento de cómo debe funcionar la mediación en el ámbito penal, y que supone de entrada el reconocimiento de los hechos por parte del agresor, y la asunción del daño producido a la víctima y el firme compromiso de reparación del mismo, lo que deja sin contenido las críticas efectuadas por la autora.

por cuanto ésta puede voluntariamente no someterse a la mediación. Teniendo en cuenta la levedad y ocasionalidad de la mayor parte de las conductas, la mediación puede ser el modo idóneo de resolver los problemas subyacentes que han ocasionado el acto violento. Y en cuanto a los agresores que delinquen por adicción a sustancias tóxicas, o los que lo hacen por factores culturales y educacionales, la mediación puede ser el vehículo idóneo para que acepten voluntariamente el sometimiento a programas de deshabituación, formativos o educacionales, voluntad que conllevará un mayor porcentaje de éxito al ser asumido como propio, como veremos posteriormente, por el sujeto.

Todo ello sin perjuicio de que el mediador establezca, cuando trate de forma individualizada al agresor en el supuesto concreto, que no concurren en el mismo las circunstancias mínimas aceptables para que pueda someterse a mediación, y por tanto, que no procede la misma hasta que no varien dichas circunstancias. En todo caso, y dada la importancia de la mediación, hablaremos de ella en un capítulo aparte.

3-2 Un acercamiento criminológico a la víctima del delito

No existe en nuestra legislación un concepto de víctima, ni tampoco nuestra doctrina tiene una posición unitaria en torno a dicho concepto que lo dote de contenido. No es objeto de esta tesis disertar sobre las diferentes posiciones doctrinales y los términos usados para denominar a las víctimas (sujeto pasivo, ofendido, perjudicado...) de un delito, toda vez que desde los concretos delitos que venimos analizando, no varía la consideración de víctima de unos u otros sujetos afectados por el delito. A estos efectos, podemos hacer nuestra la conceptualización de víctima realizada

por las Naciones Unidas²¹³, para la cual “1. Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

Como representación de la doctrina podemos mencionar a Ferreiro Baamonde²¹⁴, quien considera como víctima “a aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, pérdidas económicas o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos”, o

²¹³ Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la 96ª sesión plenaria de 29 de Noviembre de 1985, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

²¹⁴ Ferreiro Baamonde, Xulio en “La víctima en el Proceso Penal”, La Ley Actualidad S.A., Madrid 2005, pág. 125.

Soria Verde y Hernández Sánchez²¹⁵ que se pronuncian en el sentido de que “entenderemos por víctima, psicosocial y jurídicamente hablando, toda persona, colectivo o institución que directa, o indirectamente, hayan sufrido los efectos derivados de una acción delictiva, ya sean lesiones físicas o mentales, alteraciones psicosociales de su funcionamiento habitual, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como persona. Todo ello al margen de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento y condena del perpetrador, e independientemente de la relación (familiar o interpersonal) sostenida entre el agresor y la víctima, incluyendo tanto los núcleos sociales más próximos como aquellos más distantes afectados directamente por el delito o que actuaron en su defensa en el momento del suceso”.

Como vemos, no varía la consideración de víctima tanto de la persona directamente receptora del acto violento o delictivo, como de todos aquellos que sin ser los que directamente soportan el acto, se ven afectados por el mismo por su pertenencia al mismo entorno familiar, y que por tanto ven afectados su normal modo de desenvolvimiento individual y familiar por la perturbación en dicho entorno sufrida a través del acto violento. Por ello distinguimos entre víctimas directas del delito (aquellas sobre las que recae el concreto acto violento o agresivo) y víctimas indirectas (sobre las que no recae el acto, pero sufren las consecuencias del mismo), que no por ello son menos víctimas, y que no por ello se ven menos perjudicados y afectados por la comisión del delito. De este modo, en el supuesto del esposo que golpea a la esposa en presencia o con conocimiento del acto de los hijos menores, el esposo es el perpetrador o agresor, la esposa es la víctima directa, y los hijos las

²¹⁵ Soria Verde, Miguel Ángel y Hernández Sánchez, José Antonio en “El agresor sexual y la víctima”, Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona 1994, pág. 13.

víctimas indirectas, aunque puedan ser éstos últimos los más afectados (mayor desprotección en el desenvolvimiento familiar en un clima de miedo, aprendizaje equivocado de las normales pautas de convivencia familiar, etc....).

Aparte de la distinción entre víctima directa e indirecta, hay que diferenciar entre la victimización primaria y la victimización secundaria. La victimización primaria es aquella que deriva directamente del hecho traumático²¹⁶, o en nuestro caso, del acto violento. Por su parte, la victimización secundaria es aquella que se produce por el sometimiento de la víctima al proceso penal (y en el que algunos incluyen a la sufrida por el sometimiento o tratamiento de los medios informativos²¹⁷ o al sistema de ayudas defectuoso²¹⁸). Finalmente, no hay consenso doctrinal para definir la victimización terciaria, de manera que mientras Catalán Frías la define como el conjunto de costes de la penalización por quien la soporta personalmente o por terceros²¹⁹, Beristain y Vázquez Mezquita²²⁰ la definen como aquella que procede del

²¹⁶ En cuanto a la conceptualización de victimización primaria y secundaria, véase Catalán Frías, María José en “Diagnóstico del maltrato desde el punto de vista psicopatológico. Instrumentos de diagnóstico psicológico”, en V.V.A.A. *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 83; Beristain, Antonio en “Derecho Penal, Criminología y Victimología”, Jurua Editora, 2007, pág. 66.

²¹⁷ Aunque no lo exponga referido a la victimización, es interesante la exposición que realiza Larrauri, Elena en “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 12, 2003, pág. 274 y 275, en cuanto a la “culpabilización” a la que se somete a la mujer víctima de violencia de género desde las instituciones y desde los medios informativos por el hecho de no denunciar, responsabilizándola implícitamente de su situación.

²¹⁸ Catalán Frías, María José en “Diagnóstico...” ob. Cit. pág. 83.

²¹⁹ Ibidem, pág. 83

²²⁰ Beristain, Antonio en “Derecho Penal, Criminología y Victimología”, Jurua Editora, 2007, pág. 66; Blanca Vázquez Mezquita en “Apoyo a las Víctimas. Necesidad de Equipos de Apoyo y Asesoramiento dentro de la Administración de Justicia” en V.V.A.A. *Persona, Sociedad y Ley*, Cursos del Centro de Estudios Judiciales nº 10, Ludeck S.L., Alcalá de Henares 1992, pág. 161.

propio comportamiento posterior de la propia víctima, como resultado del conjunto de vivencias experimentadas a consecuencia de las victimizaciones primaria y secundaria. Para Domínguez Bilbao²²¹, Martín Ríos²²² o Ferreiro Baamonde²²³ la victimización terciaria es la que afecta al agresor, mientras que para Viñuelas Limárquez²²⁴, la victimización terciaria consiste en el sufrimiento de la víctima que, ya finalizado el proceso, no ve reparado o satisfecho el daño causado, aún cuando el agresor haya sido condenado a dicha reparación o satisfacción. Giménez-Salinas²²⁵ se refiere a la *tercera victimización* como la que sufren los menores que tras sufrir maltratos presentan la tendencia a repetir en el futuro el mismo tipo conductual.

Desde nuestra concepción, la victimización primaria es la que se produce como consecuencia directa del acto delictivo, mientras que la secundaria se restringe única y exclusivamente a la que sufre la víctima en su paso a través del proceso penal. No podemos considerar victimización terciaria a la que sufre el agresor, por cuanto consideramos que es incompatible que el agresor se convierta en la víctima de su propio acto delictivo, y que sufra las consecuencias de su propio actuar. Todo ello sin

²²¹ Domínguez Bilbao, Roberto en “Las Víctimas” en V.A.A.A. *Introducción a la Psicología del Derecho*, Coord. Isabel Hoyo Sierra, Revistas de Ciencias Jurídicas y Sociales 11, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2004, pág. 164.

²²² Martín Ríos, Pilar en “Víctima y Justicia Penal”, Editorial Atelier, Barcelona 2012, pág. 438.

²²³ Ferreiro Baamonde, Xulio en “La víctima en el Proceso Penal”, La Ley Actualidad S.A., Madrid 2005, pág. 124.

²²⁴ Viñuelas Limárquez, María en “La víctima. Estatuto y mecanismos de protección” en XXXII *Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo Código Penal celebradas el 17 y 18 de Noviembre de 2010*, Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2011, pág. 338.

²²⁵ Giménez-Salinas, Esther en “La otra cara del maltrato: ¿una tercera victimización?” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009, pág. 6.

perjuicio de que el agresor pueda ser asimismo víctima por la comisión de otros actos delictivos cometidos por terceros (como pueden ser injurias o calumnias derivadas de los “juicios paralelos” a través de los medios de comunicación, o intromisiones en el derecho a la intimidad). Desde nuestro punto de vista, la victimización terciaria es aquella que sufre la víctima después de la comisión del delito, fuera del proceso penal, y que puede tener causa en multitud de factores diferentes (invasión de su privacidad por los medios de comunicación, “juicios” o “estigmación” sociales, falta de reparación o resarcimiento del daño, o sufrimiento de las consecuencias de la imposición de las penas impuestas al penado –como la pena de prohibición de aproximación obligatoria–).

Es nuestra opinión que las víctimas de los delitos de violencia en el ámbito familiar son las más propensas a sufrir victimización secundaria y terciaria, puesto que además de las formas de victimización generales inherentes a cualquier víctima que ya hemos visto, las cuales les afecta de forma especialmente intensa por su conexión con el agresor, también son victimizadas en muchas ocasiones por las propias medidas o penas que se imponen a éste último.

La victimización secundaria afecta más a la víctima de violencia de género por cuanto ésta no solo tiene que soportar el proceso penal, sino que se ve obligada si quiere la persecución del delito (en caso contrario generalmente cabe la dispensa a no declarar) a relatar aspectos especialmente íntimos de su persona, de la familia, que a veces abarcan aspectos relativos a la vida sexual, conyugal, y que pueden llegar a ser especialmente humillantes. Además, y como veremos al hablar de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se ha multiplicado el número de veces que la víctima tiene

que ir a lo largo del proceso a relatar los hechos ocurridos²²⁶. La denuncia de los hechos o el relato de los mismos le suponen tener que posicionarse en contra de una persona con la que tiene o ha tenido fuertes lazos afectivos, y que en gran parte de las ocasiones, ama. Su declaración puede suponer que esa persona a la que quiere, ama o ha amado, ingrese en prisión o tenga que soportar otras penas. Sufre estigmatización si necesita y se acuerda orden de alejamiento con imposición de control por medios electrónicos, puesto que portar el mismo supone el “anuncio” de que es víctima de violencia familiar o de género. Sufre la pérdida de ingresos económicos y en ocasiones, hasta de su hogar.

En cuanto a la victimización terciaria, es muy frecuente la estigmatización social y familiar, especialmente en etnias minoritarias o determinados grupos sociales con tendencia a formar grupos sociales cerrados y poco relacionados con el resto de la sociedad. Imposición de penas en contra de su voluntad, con imposibilidad una vez recaída la condena, de normalizar la situación familiar con el sujeto agresor, al que puede seguir queriendo o amando. Las víctimas indirectas también sufren las consecuencias de las órdenes de alejamiento, aún cuando no les sean impuestas directamente respecto de ellos. Las víctimas indirectas sufren la pérdida de una de sus figuras de referencia en el ámbito familiar, cuando se imponen órdenes o penas de alejamiento. Se les impide la mediación penal como medio de resolver los conflictos familiares. En casos mediáticos, sufren el acoso de los medios de comunicación y el

²²⁶ Vázquez Salgado, Juan Castor en “Protocolos de actuación policial ante la violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 205 y ss., relata las malas condiciones en que se encuentran las víctimas en dependencias policiales por la falta de medios, o en los desplazamientos policiales, o la negativa imagen de la violencia de género como arma arrojada de la mujer en los procesos de ruptura de la convivencia, y como todo ello influye en los procesos de victimización.

“aireamiento público” de su intimidad personal, familiar y hasta sexual. Y como manifiestan Méndez Martínez y Álvarez-Buylla²²⁷, “las mujeres no sólo se sienten cuestionadas en su testimonio, sino que además el propio sistema ejerce una fuerte presión sobre ellas; una vez que han denunciado tienen que seguir el protocolo establecido aunque éste no tenga nada que ver con ellas, con su realidad. Pasan de la autoridad del padre a la del esposo y luego a la del Estado. Las convertimos en personas incapaces de tomar decisiones y nos sorprendemos de que, a veces, no sepan lo que quieren”, opinión que mantiene también Larrauri²²⁸, quien expresa como la falta de posibilidad de decisión de la mujer a lo largo del proceso y la negación de “toda autonomía (...) implica sustituir el poder del maltratador por el del Estado”.

Como vemos, el proceso de victimización secundaria y terciaria en las víctimas de violencia doméstica puede llegar a ser brutal, y en supuestos que además pueden tener origen en un hecho leve con una victimización primaria casi inexistente (por ejemplo, maltrato por un empujón o coacción por poner unos palillos en la cerradura del coche). De esta manera, actos que podrían con un tratamiento más adecuado y proporcionado ser prácticamente intrascendentes para la víctima, tras su tratamiento procesal y post-procesal, se han convertido en un auténtico infierno.

²²⁷ Méndez Martínez, Concha y Álvarez-Buylla Bustillo, Susana en “Reflexión crítica sobre la intervención con mujeres víctimas de violencia de género”, Cuadernos de Trabajo Social vol. XX, Abril 2007, pág. 292.

²²⁸ Larrauri Pijóan, Elena en “Justicia restauradora y violencia doméstica” en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad País Vasco, Bilbao 2009, pág. 133.

3-3 Ciclo de la Violencia de Género; las fases del sometimiento.

Cuando nos referimos al ciclo de la violencia, realmente estamos hablando de dos ciclos; el primero nos muestra los diferentes estadios por los que se atraviesa desde un acto violento hasta el siguiente. A estos efectos los especialistas distinguen entre tres y cinco estadios. Fue la investigadora Eleonore Walker quién en 1979 acuñó y desarrolló el “ciclo de la violencia” en su obra *The Battered Women* (Las mujeres maltratadas)²²⁹, estableciendo tres estadios o fases (que son los que actualmente utilizan los Institutos de la Mujer de las diferentes Comunidades Autónomas²³⁰ en España): la fase de Acumulación de Tensión, la de Agresión y la de Reconciliación²³¹. Actualmente, parte de los especialistas en Sociología y Psicología, partiendo de dichas pautas, establecen cinco estadios en el ciclo de la violencia que nosotros compartimos, y que pueden resumirse en las siguientes²³²:

²²⁹ Muñoz Tinoco, María en “Violencia de género: El ciclo de la violencia y las microviolencias”, disponible el 07-06-2013 en www.entretodas.net/2009/02/09/

²³⁰ Como muestra, Instituto Vasco de la Mujer en “Guía de actuación ante el maltrato doméstico y la violencia sexual contra las mujeres para profesionales de los servicios sociales”, Edita Emakunde Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria 2006, pág. 27 y 28; Ruiz Pérez, Isabel en “Violencia contra la Mujer y Salud. Programa de Formación de Formadores/as en Perspectiva de Género en Salud”, Escuela Andaluza de Salud Pública, Ministerio de Salud, pág. 7; Instituto Asturiano de la Mujer en la “Guía para profesionales. Recursos contra la Violencia de Género”, Edita Instituto Asturiano de la Mujer, 2008, pág. 15 y 16.

²³¹ Véase Whaley Sánchez, Jesús Alfredo en “Violencia intrafamiliar. Causas biológicas, psicológicas, comunicacionales e interaccionales”, Plaza y Valdés Editores, primera reimpresión 2003, pág. 46 y 47; Lila Murillo, María Soledad; García, Antonio; y Lorenzo, María Victoria en “Manual de Intervención con Maltratadores”, PUV Universidad de Valencia, 2011, pág. 236; García Hernández, Concha en “Violencia de género”, disponible el 07-06-2013 en www.psicoterapeutas.com; Canteras Espinosa, Leonor M. en “El proceso de la violencia en la pareja” en *Te pego porque te quiero*, publicado por Anna M Arnau, disponible el 07-06-2013 en espai-temps.blogspot.com/2009/02/; Noalmaltrato.com en “Ciclos de la Violencia de Género”, disponible el 07-06-2013 en www.noalmaltrato.com.

²³² Centro Ecuatoriano de Desarrollo y Estudios Alternativos en “Ciclo de la Violencia”, disponible el 07-06-2013 en es.scribd.com. Algunos autores distinguen hasta siete y ocho estadios, que no son

“Fase 1. Aparente Calma: Aunque exista en apariencia una “calma” se da una serie de conductas donde la mujer se siente atemorizada, con la angustia de que la pareja se vuelva a enojar.

Fase 2. Acumulación de tensión: La tensión es el resultado del aumento de conflictos en la pareja. El agresor es hostil, aunque aún no lo demuestra con violencia física, y la víctima trata de calmar la situación y evita hacer aquello que cree que disgusta a su pareja, pensando que puede evitar la futura agresión. Esta fase se puede dilatar durante varios años.

Fase 3. Explosión violenta: Es el resultado de la tensión acumulada en la fase 1. Poco a poco las peleas y roces aumentan, se pierde la comunicación, la tensión aumenta y es tan insoportable que surge el episodio violento. El agresor ejerce la violencia en su sentido amplio, a través de agresiones verbales, psicológicas, físicas y/o sexuales. Es en esta fase cuando se suelen denunciar las agresiones o se solicita ayuda, ya que se produce en la víctima lo que se conoce como “crisis emergente”.

Fase 4. Arrepentimiento: Durante esta etapa la tensión y la violencia desaparecen y el hombre se muestra arrepentido por lo que ha hecho, colmando a la víctima de promesas de cambio. A menudo la víctima concede al agresor otra oportunidad, creyendo firmemente en sus promesas. Esta fase hace más difícil que la mujer trate de

sino la subdivisión de las fases ya establecidas. De este modo, Soriano Díez, Andrés en “Educación y violencia familiar”, Editorial Dykinson, Madrid 2002, pág. 26, establece como ciclo los estadios de estrés, ansiedad creciente, hostilidad, agresión, tendencia a la censura, reconciliación, alivio temporal y nuevamente el estrés.

poner fin a su situación ya que, incluso sabiendo que las agresiones pueden repetirse, en este momento ve la mejor cara de su agresor, lo que alimenta su esperanza de que ella le puede cambiar.

Fase 5. Reconciliación: Esta fase se ha venido a llamar también de “luna de miel”, porque el hombre se muestra amable y cariñoso, aparentando el regreso a la relación de afectividad. La agredida, que generalmente ama a su pareja, quiere creer en todas las promesas de cambio y así se vuelven a reconciliar pasando por un tiempo de enamoramiento y atenciones, muy rico para los dos. En este período se llevan mejor, pero lentamente al volver a relacionarse como es su costumbre, comienza nuevamente los roces, las peleas y la tensión vuelven a aumentar, para llegar nuevamente a un episodio violento y otra luna de miel, y así nuevamente. Esta etapa del ciclo de la violencia es lo que mantiene a ambos integrantes de la pareja en la relación, esperando los espacios de “luna de miel”.

El segundo ciclo de violencia es realmente un ciclo de ciclos, es decir, cómo evolucionan en un ciclo mayor los consecutivos ciclos de violencia que acabamos de describir. A estos efectos, hemos de mencionar como con la sucesión de episodios violentos, los ciclos cada vez se acortan²³³, de manera que los estadios de Explosión Violenta se producen cada vez con menor lapso de tiempo entre ellos, acortándose además las fases de Luna de Miel, Arrepentimiento y Calma Aparente, hasta que éstas

²³³ Como señala el Instituto Asturiano de la Mujer en la “Guía para profesionales. Recursos contra la Violencia de Género”, Edita Instituto Asturiano de la Mujer, 2008, pág. 16. Que parte del ciclo de la violencia original de Eleonore Walker de tres fases, “El ciclo se repetirá varias veces y, poco a poco, la última fase se irá haciendo más corta y las agresiones cada vez más violentas. Tras varias repeticiones del ciclo, la fase 3 (arrepentimiento) llegará a desaparecer, comenzando la fase de tensión inmediatamente después de la de explosión violenta”.

finalmente desaparecen, estableciéndose nuevos ciclos que rotan únicamente entre la Acumulación de Tensión y la Explosión Violenta. De esta manera, este ciclo de violencia es un ciclo en espiral ascendente, produciéndose una “escalada de la violencia de género”²³⁴.

3-4 Rueda del Poder o Rueda de la Violencia de Género. Metodología para destruir a una persona lentamente.

Una vez establecidos los ciclos de la violencia habitual, es necesario analizar las formas en que ésta se presenta, ya que no podemos identificar las formas de agresión hacia la víctima como agresión física, la cual es solo una más de las posibilidades de agresión. La Rueda del Poder elaborada en 1993 por Ellen Pence y Michael Paymar²³⁵ para el Domestic Abuse Intervention Project²³⁶ presenta ocho esferas en las que el agresor se mueve, a través de las cuales mediante su intervención agresiva establece su dominio y sumisión sobre la víctima, siendo este el modelo más extendido y utilizado a nivel global, sin perjuicio de que existan otros modelos que tratan de explicar o

²³⁴ Gairín Sallán, Joaquín en “Coeducación y prevención temprana de la violencia de género”, Ediciones Gráficas Ariel S.L., Ministerio de Educación y Ciencia, 2007, pág. 130.

²³⁵ Lila Murillo, María Soledad; García, Antonio; y Lorenzo, María Victoria en “Manual de Intervención con Maltratadores”, PUV Universidad de Valencia, 2011, pág. 236.

²³⁶ “La rueda de poder y control, también conocida como **Modelo Duluth**, fue creada por el Domestic Abuse Intervention Project, tras entrevistar a sobrevivientes de violencia doméstica durante sesiones en grupos de apoyo y a hombres en grupos de abusadores. A las mujeres se les preguntó sobre las maneras en las que se sentían controladas y a los hombres sobre las tácticas que usaban para mantener un ambiente de terror y control sobre sus víctimas, a partir de lo cual se desarrolló este modelo visual de la violencia en la pareja”; La Casa de la Duda, en “La rueda de poder y de control en la pareja”, octubre de 2007, disponible en <http://www.opdv.state.ny.us/espanol/spanduluthtext.html>.

clasificar las formas de agresión en la pareja²³⁷. Las esferas y las formas de actuación de la Rueda de Control²³⁸ son los siguientes²³⁹:

1- Amenazas: Utilizar amenazas que hacen sentir a la mujer emocionalmente herida, amenazar a la mujer con quitarle a los hijos, con dejarla, con agredirla, con acusarla de abandono de hogar, amenazar con matarla o con suicidarse.

2- Intimidación: Atemorizar a la mujer por medio de gestos, miradas, alzándole la voz, arrojándole cosas, destruyendo su propiedad, quebrando cosas en frente de ella.

²³⁷ De forma más reciente, Bosch, Esperanza; Ferrer, Victoria A.; Ferreiro, Virginia; y Navarro, Capilla en “La violencia contra las mujeres. El amor como coartada”, Siglo XXI editores, Barcelona 2013, pág. 262 a 294, establecen un modelo piramidal en el camino hacia la violencia, basado en cinco escalones que se resumen de forma ascendente en un sustrato patriarcal, un proceso de socialización diferencial, expectativas de control respecto de la mujer, eventos desencadenantes consistentes en la excusa para hacer uso de la violencia, y finalmente, el estallido de la violencia.

²³⁸ A pesar de su uso extendido y mayoritario, la Rueda de Control solo nos sirve como guía orientativa de las diversas formas en que puede ejercerse el poder y el control dentro de la relación de pareja, sin que sea necesario que concurren todos los estadios, y que evidentemente, no es aunque se pretenda, de aplicación universal, puesto que las relaciones humanas no son relaciones matemáticas a los que puedan aplicarse leyes universales, y por tanto, caben comportamientos de violencia que no puedan englobarse dentro de ésta rueda, la cual repetimos es orientativa y realizada, eso sí, mediante el análisis empírico de la realidad de la violencia en la sociedad occidental (concretamente el estudio fue realizado en Minnesota, EEUU) y que refleja dicha realidad de forma mayoritaria. A estos efectos, Boira Sarto, Santiago en “Hombres maltratadores. Historias de violencia masculina”, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, pág. 162, manifiesta que “se han planteado algunas limitaciones conceptuales del modelo; entre ellas, el hecho de que el género y la ideología patriarcal puedan no estar en el origen de la violencia de todos los agresores, que puedan existir otros motivos que mantengan el comportamiento violento y que, por tanto, la intervención no sea efectiva en esos supuestos. Por otra parte, pueden encontrarse también limitaciones desde el punto de vista de la especificidad cultural. Aunque es un hecho que la violencia de género es un fenómeno intercultural, los programas no tienden a ser diseñados para que puedan servir a poblaciones específicas. De igual manera, el diseño de la intervención puede sufrir modificaciones en función de que en el agresor concurren elementos como una enfermedad mental o un problema de adicciones.”

²³⁹ Vidal Hermosilla, Gladys en “La rueda del poder y control” en *Violencia intrafamiliar*, disponible el 06-06-2013 en www.emagister.com

La intimidación tiene que ver con la comunicación no verbal, con conductas y actitudes que acompañan a las frases hirientes y que producen temor. Son conductas que muchas veces las mujeres no cuentan o que son difíciles de relatar y que son fundamentales para entender el contexto en el que se dan otras manifestaciones de violencia verbal²⁴⁰.

3- Abuso emocional: Ridiculizar a la mujer y hacerla sentir mal con ella misma, hacerla pensar que está loca. Utilizar juegos mentales y/o psicológicos, que hacen que la propia mujer dude de lo que está viviendo.

4- Aislamiento: Controlar lo que ella hace, con quién se relaciona, qué lee, a dónde va, utilizando los celos para justificar acciones.

5- Negar, culpar, desvalorizar: Minimizar el abuso sin tomar los intereses de la víctima en serio, negar que el abuso ha ocurrido, culpar a la víctima de causar el comportamiento abusivo. Muchas veces quien agrede justifica sus agresiones por conductas de la víctima, sin asumir su responsabilidad en la agresión.

6- Utilización de los hijos/as: Hacerla sentir culpable de lo que le pase a los hijos, utilizar a los hijos para llevarle mensajes, utilizar las visitas a los hijos(as) como una manera de hostigarla.

7- Privilegio de ser hombre: Tratar a la mujer como sirviente, tomar las decisiones "importantes" sin consultar a la mujer, actuar como "el rey" de la casa.

8- Control económico: Tratar de evitar que la mujer consiga trabajo o mantenga el que tiene, hace que la mujer pida dinero, asignarle una mesada, quedarse con el dinero que ella devenga. La hostiga en el trabajo hasta que ella renuncia."

²⁴⁰ La violencia verbal y verbal hay que tomarla siempre con mucha cautela. Y ello, porque del mismo modo que familiar, social e institucionalmente suele darse poco crédito a este tipo de violencia, tanto por sus dificultades probatorias como por el elemento subjetivo que subyace detrás de la misma tanto desde la posición del victimario como de la víctima, precisamente por este elemento subjetivo no todo acto o actitud que la víctima considera agresivo hacia su persona puede ser considerado como un acto de violencia de género.

En torno a estas esferas de actuación se prodigan los actos de agresión física y sexual. Evidentemente, no siempre concurren todos los elementos de la rueda (por ejemplo, puede no haber hijos y por tanto no cabe la manipulación de éstos, o la mujer es económicamente fuerte, aunque no lo sea en otras facetas de su vida), pero la violencia habitual siempre se extiende sobre varias de esas esferas, sea de forma directa o indirecta (por ejemplo, las agresiones físicas y sexuales reiteradas en el tiempo conllevan por sí mismas la amenaza de volver a ser agredida física o sexualmente en cualquier momento). Asimismo, la Rueda de Poder provoca una situación de sumisión y dominio de la parte agresora hacia la víctima, y crea un clima familiar de perpetuo temor, de inseguridad y desconfianza. Los sujetos pasivos y el resto de los integrantes del núcleo familiar viven esperando el siguiente acto violento, llegando en ocasiones a ser peor para la víctima la “espera” que el propio acto.

Las esferas y modos de producción de la violencia se pueden visualizar en la Rueda del Poder mediante el siguiente gráfico²⁴¹:

²⁴¹ La Casa de la Duda, en “La rueda de poder y de control en la pareja”, octubre de 2007, disponible en <http://www.opdv.state.ny.us/espanol/spanduluthtext.html>



Los inicios más comunes de la violencia habitual se circunscriben hacia el abuso emocional y el privilegio masculino, que según se van extendiendo se van ampliando con actos tendentes a provocar el aislamiento social y familiar, conseguir la dependencia económica de la víctima y la culpabilización tanto de la violencia como de cualquier acto negativo en las relaciones familiares, seguiría con la manipulación de los menores y pequeñas amenazas, que irían creciendo en entidad hasta culminar con actos intimidatorios y de agresión física, que pueden alcanzar violencia de carácter sexual y hasta actos contra la vida. De esta manera, la víctima no suele darse cuenta de que está en medio de la rueda hasta los estadios finales, puesto que confluyen varios elementos a tener en cuenta, como son el amor o enamoramiento, al menos en las fases iniciales, las pautas educativas, culturales y de vivencias propias

personales de víctima y agresor, o la asunción de la responsabilidad de los actos por parte de la víctima.

Una vez que la víctima es consciente, aún así el proceso suele seguir porque se mantienen algunos de los factores como son el amor hacia el agresor, la falta de un entorno afectivo, falta de apoyo familiar o social, falta de recursos económicos, faltas de preparación académica y laboral, afectaciones psicológicas y físicas por el desarrollo de la violencia, miedo ante las agresiones físicas y a las reacciones del agresor si pone fin a la relación, miedo a la pérdida de los hijos o a que sean víctimas directas de la violencia, motivos de vergüenza o culpa, miedo a la pérdida de status social o económico, vulnerabilidad emocional, afectiva y psicológica, e infinidad de aspectos más que tienen que tenerse en cuenta a la hora de intervenir respecto a los sujetos activos y pasivos, en aras a la protección de las víctimas, y del tratamiento social y jurídico (penal y procesal) de éstas y de la parte agresora.

Finalmente mencionar que desde nuestro punto de vista, aunque la Rueda del Poder está concepuada para la violencia de género contra la mujer, puede extrapolarse con especialidades hacia otros miembros del núcleo familiar. De este modo, respecto a los menores y con independencia de quien sea al agresor (madre o padre), hay que tener en cuenta que hay esferas de la rueda que ya existen de forma natural (por ejemplo, la dependencia económica o el privilegio masculino que se transforma en privilegio parental) o hacia la que existe una mayor tendencia sin necesidad del uso de la violencia (por ejemplo, control de la vida social del menor, no intervención de éste en las decisiones familiares....). También hay que tener en cuenta que el menor ya se encuentra en una situación de sumisión y dominación respecto a

las figuras parentales (lo cual de por sí no solo no es malo sino que es necesario, siempre y cuando no se utilice la misma de forma violenta y castrante respecto de sus derechos fundamentales y del libre desarrollo de su personalidad), y que en la adolescencia por cuestiones fisiológicas presentan un alto grado de inestabilidad emocional y afectiva.

En cuanto a la ejercida contra los hombres por mujeres, la violencia física habitual no es tan común como a la contra, y es anecdótica la violencia sexual, sin perjuicio de que pueda utilizarse el sexo como moneda de cambio para la dominación y la sumisión. Tan poco es tan frecuente el uso de los hijos como medio de coacción²⁴², y los actos agresivos van más tendentes a la humillación personal, a la puesta en entredicho de la “hombria” del sujeto pasivo, de su incapacidad para satisfacer las necesidades sexuales de la esposa así como las alimentarias, económicas o de status de la familia.

3-5 Fases por las que atraviesa la víctima de violencia de género e intervención con la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso finalmente indicar los momentos por los que atraviesa la víctima (mujer²⁴³) desde que se inicia la violencia habitual²⁴⁴.

²⁴² Paradójicamente, sí es frecuente la instrumentalización de los hijos durante los procesos de separación y divorcio

²⁴³ Las fases por las que atraviesa la víctima y su comportamiento no son extrapolables por sí mismas a víctimas masculinas o a menores y ancianos, etc., toda vez que el modo de violencia y las capacidades naturales de actuación son diferentes (por ejemplo, un menor o un incapaz no pueden abandonar por sí mismos el hogar familiar o separarse) así como lo son sus propias realidades (por ejemplo, el hombre no suele ser económicamente dependiente de la mujer).

En una primera fase (fase de negación) de la relación la víctima niega la situación de violencia, se niega a si misma ser víctima de dicha situación, justificando la conducta del agresor (“es que tiene mucho stress”, “la culpa la tengo yo, que no hago las cosas como debería”, “es que tiene mucho trabajo”...) y auto convenciéndose de que las cosas van a cambiar. En este estadio es muy difícil cualquier proceso de intervención con la víctima, puesto que se niega a ver la realidad, distorsionándola en aras de convencerse de que las cosas van bien, o que solo es una fase pasajera y que las cosas irán bien en breve. Esta dificultad para intervenir con las víctimas, trae como consecuencia que a nivel del proceso penal las mismas no declaren, se nieguen a ser reconocidas por el médico-forense, encubran y justifiquen la conducta del agresor, e incluso mientan para protegerles.

En una segunda fase (fase de irritación) de la relación la víctima reconoce por fin la situación de violencia y asume que es víctima de violencia familiar (esencialmente por parte de su pareja), y a este descubrimiento suele acompañarle un sentimiento de ira y el ánimo de tratar de cambiar la situación. Esta fase, que dura

²⁴⁴ Tomadas (y aceptadas por esta parte) de García Agustín, Laura en “Apuntes de Violencia Familiar”, Universidad Camilo José Cela, 2006, pág. 39 y ss.; Mora Chamorro, Héctor en “Manual de protección a las víctimas de violencia de género”, Editorial Club Universitario, 2008, menciona otras fases que consideramos más simplistas y que consideramos que no responden a la realidad, como son la Teoría de la Indefensión Aprendida de Seligman (resumen la situación de la mujer a la que nosotros consideramos una tercera fase) o el Síndrome de Adaptación Paradójica a la Violencia Doméstica, y que también desarrolla cuatro fases; Fase de Desencantamiento (en que la víctima se desorienta o se deprime; Fase de Reorientación (en que la víctima se autoinculpa); Fase de Afrontamiento (en que la víctima asume la forma de actuar del agresor y busca formas de protección frente al comportamiento del agresor); y Fase de Adaptación (en que la víctima justifica el comportamiento del agresor). Desde nuestra experiencia, consideramos que dicho modelo no se ajusta a la realidad extensiva, que de hecho la justificación del comportamiento del agresor se da en la primera fase y no en la última, y que por tanto, el ámbito de aplicación de esta teoría está muy limitado a un colectivo minoritario y no representativo de la víctima de violencia en la pareja.

poco temporalmente, es la más idónea para actuar con la víctima a todos los niveles. Estará receptiva para el sometimiento a programas sociales de ayuda, y también lo estará para intervenir activamente en el proceso penal.

En una tercera fase (fase de indefensión aprendida), si no se ha intervenido correctamente en la fase anterior, la víctima entra en un estado de aceptación de la situación de la violencia como un estadio normalizado, entra en la creencia de que las cosas no van cambiar, que no se puede hacer nada. La víctima entra en un estado de gran vulnerabilidad psicológica, de falta de autoestima, de incapacidad de reacción ante la situación en que vive, y el miedo al agresor domina todo el tiempo y el espacio de la víctima. Nuevamente es muy difícil la actuación a favor de la víctima en este estadio, puesto que psicológicamente la misma no se encuentra con fuerzas suficientes para poner freno a la situación de violencia, a iniciar un proceso judicial, a iniciar una nueva vida, y sobre todo, a enfrentarse al agresor a todos esos niveles.

En una última fase (fase de aceptación), el grado de violencia ha alcanzado ya tan altos niveles de agresividad y frecuencia que por fin la víctima siente que no puede más, que es necesario ponerle fin al infierno en el que vive, y toma decisiones encaminadas a tal fin. Es muy frecuente que el detonante en el cambio de comportamiento de la víctima en relación a la violencia sufrida sea el riesgo vital tanto hacia la propia víctima, como sobre todo riesgo vital o hacia la integridad física respecto de los hijos. La mayor parte de las ocasiones las víctimas han sufrido y aceptado la violencia contra sus personas, porque la misma no iba dirigida directamente contra los hijos, y es en el momento en que el agresor vuelve la violencia contra éstos cuando la víctima decide actuar. El autor ha intervenido como Fiscal en

juicios o en declaraciones durante la fase de instrucción en que las víctimas, con graves lesiones ocasionadas por el victimario y generalmente mujeres de edad avanzada y de más de cincuenta años, manifestaban como les daba igual lo que pudiera sucederles, que llevaban así toda la vida y que lo único que querían es que no mataran a sus hijas, motivación última que les llevaba a declarar (aunque curiosamente no habían denunciado, ya que las denuncias solían provenir o de los propios hijos, o sobre todo, de vecinos).

En esta última fase, la víctima suele encontrarse en un estado extremo de vulnerabilidad, con graves carencias de afectividad, estabilidad emocional y autoconfianza, padeciendo enfermedades físicas y psicológicas derivadas de la situación de violencia habitual, y con escasos recursos personales, y en muchas ocasiones familiares y sociales propios debidos al aislamiento sufrido, para salir adelante. Por ello suele ser preciso la intervención de la administración a varios niveles (servicios sociales, asesoramiento jurídico, seguridad social, atención psicológica, psiquiátrica y sanitaria,...) para que asimile y sea consciente de la realidad vivida y que ha sido víctima de violencia habitual en el ámbito familiar y/o de género; para que no se culpabilice de las mismas; para que identifique y asimile quién es el agresor; para ofrecerle pautas adecuadas en el modo de relacionarse a nivel familiar, social y de pareja; para insertarse laboralmente; para obtener protección; para volver a sentirse persona, y además, persona útil, querida y necesaria.

Es además en esta última fase cuando mayor riesgo corre la víctima. Mientras dura la fase, porque ya hemos visto como aumenta el nivel de violencia y la frecuencia de los actos violentos con el paso del tiempo. Pero sobre todo, en el momento de la

denuncia y/o ruptura (separación o divorcio) respecto del agresor. Después de una relación larga, y durante la cual el agresor ha sentido como suya a la víctima, como “objeto disponible de su propiedad” y sometida a su dominio, es difícil de asumir el “acto de rebeldía” que supone que la víctima trate de quitarse el yugo, tanto con la separación o divorcio, como mediante una denuncia o en su caso acudiendo a los servicios sociales. La ruptura de una situación preestablecida y asumida en la que el agresor se situaba en una posición de preeminencia y poder, conlleva un riesgo elevado de que el mismo intente seguir manteniendo el poder mediante actos de mayor agresividad, o ante el convencimiento de que éste ha terminado, mediante actos tendentes a acabar con la vida de la víctima e incluso de personas allegadas a ésta (hijos, padres o hermanos), con o sin acto suicida posterior.

Asimismo, y dentro de estas fases genéricas que se prolongan en el tiempo, no todo momento es adecuado para intervenir, y la eficacia de la intervención respecto de la víctima no solo tendrá efectos positivos dependiente de la fase en que nos encontremos, sino dentro de cada fase, en qué momento concreto intervengamos, siendo el momento idóneo para la intervención los momentos de crisis. Como dice Escartín Caparrós²⁴⁵, “una crisis es una reacción subjetiva a una experiencia de vida estresante que afecta la estabilidad emocional de la persona y cuya capacidad de pensar y actuar normalmente queda seriamente dañada. Sin embargo, también es cierto que en una situación de crisis, el desorden emocional y la angustia son tan elevados que las personas se sienten impelidas a actuar para salir de esa situación que tan elevado coste de bienestar conlleva. Pero hay que tener en cuenta que la

²⁴⁵ Escartín Caparrós, María José en “Violencia y mujer. La intervención de crisis con mujeres maltratadas y sus hijos”, disponible en rua.ua.es/dspace/bitstream el 07-06-2013, pág. 81.

intervención ha de ser rápida, pues estas mujeres, a menudo, sólo están motivadas para cambiar durante el período de crisis.”

Efectivamente, la práctica habitual con mujeres maltratadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer refleja que un elevado porcentaje de mujeres que denunciaron en comisaría, ya a las pocas horas deciden no declarar ante el Juzgado instructor, y de las que lo hacen, otro elevado porcentaje decide finalmente no declarar ante el Juzgado de lo Penal cuando se celebra el juicio dos semanas más tarde²⁴⁶. Es en el momento en que sucede el acto de agresión o el inmediatamente posterior en el que la víctima actúa, aunque sea como mero mecanismo de defensa propio o de los hijos. Pasada la situación de riesgo, la mujer retoma, sobre todo en las fases primera y tercera antes mencionadas, la posición de pasividad ante la violencia sufrida.

²⁴⁶ No han podido encontrarse estadísticas de denuncias interpuestas, de denuncias retiradas, de denuncias falsas y de mujeres que no declaran, por lo que las conclusiones se extraen de la experiencia laboral del autor como abogado y como Fiscal. De todos modos, las estadísticas hay que tomarlas con cautela, toda vez que no reflejan cuantas de dichas denuncias son realmente violencia de género, cuantas son de violencia familiar que afecta al bien jurídico defendido en esta tesis y acogido por la jurisprudencia del TS, y en cuantas simplemente concurren los elementos objetivos del tipo pero no los subjetivos o no se lesiona el bien jurídico. Asimismo, no se descuenta de las mismas el número de denuncias falsas, o las interpuestas por la misma víctima contra el mismo agresor, a veces por los mismos hechos. En todo caso, podrían servir de referencia para apreciar el elevado número de supuestos en que la mujer retira la denuncia, y si pudieran contabilizarse, en cuantas no declaran en la vista oral.

3-6 El agresor en la violencia de género. Características de un agresor que carece de perfil criminológico.

No todos los agresores se mueven por los mismos estímulos, aunque si comparten algunos patrones comunes que tienen como consecuencia la realización de actos de violencia en el ámbito familiar. Como factores comunes a todos los agresores son la dependencia emocional respecto de la/s víctima/s, sentimientos contrapuestos hacia éstas, celos patológicos que suelen provenir de una baja autoestima, e incapacidad de mostrar sentimientos²⁴⁷. Echauri Tijeras, Azcárate Seminario y Martínez Sarasa establecen dos tipos de maltratadores de género, distinguiendo los que son solo violentos en el hogar y cuyos desencadenantes de violencia son alcohol, drogas y/o frustración (un 74% según datos del año 1997) y los que son violentos en general, los cuales han sufrido maltratos en la infancia y tienen ideas distorsionadas sobre la violencia (un 26%). También los distinguen según su perfil psicopatológico entre los que tienen déficit en habilidades interpersonales (55%) y los que no tienen control de impulsos (45%)²⁴⁸. Por otro lado, la doctrina psicosocial mantiene varios modelos que tratan de explicar el fenómeno de la violencia contra las mujeres, que López Precioso y Montiel Roig²⁴⁹ resumen en los Modelos Psicológicos, los Modelos

²⁴⁷ Véase sobre el agresor López García, Elena en “La figura del agresor en la violencia de género: la figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención” en *Papeles del Psicólogo nº 88*, Septiembre de 2004, disponible en www.papelesdelpsicologo.es el 10-06-2013.

²⁴⁸ Echauri Tijeras, Juan Antonio; Azcárate Seminario, Juana María; y Martínez Sarasa, María A. en “Los varones y la violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010, pág. 58.

²⁴⁹ López Precioso, Magdalena y Montiel Roig, Gonzalo en “Modelos explicativos y sistemas de indicadores para entender y medir la violencia de género” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 78 y ss.

Sociológicos y los Modelos Multicausales. Sin embargo, dicha doctrina psicológica y sociológica es prácticamente unánime al manifestar que no existe un perfil del maltratador o agresor doméstico calificándolo de “persona normal”²⁵⁰, sin perjuicio de la confluencia de diversas patologías que puedan influir en la comisión de éste tipo de delitos como trastornos de la personalidad paranoides, límites o antisociales, pero que no influyen en más de un 20% de los supuestos²⁵¹. Tampoco se desprende un perfil de maltratador de estudios realizados en hospitales²⁵² analizando los supuestos de violencia que llegan a los mismos.

Cuando hablamos de un agresor movido por motivos de sexo o género, la motivación final es la de la sumisión de los otros miembros de la familia (no solo la mujer e hijas), sino la asunción por parte de todos los miembros de los diferentes roles

²⁵⁰ Por todos, Morillas Cueva, Lorenzo; Jiménez Díaz, María José; Luna del Castillo, Juan de Dios; Miranda León, María Teresa; Morillas Fernández, David Lorenzo; e García Zafra, Inés en “Sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos”, Editorial Dykinson, Madrid 2006, pág. 268; y Rivas Vallejos, Pilar; Barrios Baudor, Guillermo L. y otros en “Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense”, Thomson Aranzadi, Navarra 2007, pág. 177 y ss.

²⁵¹ Múgica San Emeterio, Elisa en “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 336 y 337. Sin embargo, Cabrera Forneiro, José en “Violencia de género y trastornos mentales” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 592 y ss., hace oscilar las cifras entre un 10% de supuestos que “esconden una intoxicación, una adicción, un trastorno mental, una caída súbita del control de la conducta, o en general la pérdida de la libertad en el obrar” hasta un 40% en que cifra la presencia de ingesta de alcohol en los casos de violencia doméstica aguda.

²⁵² Como muestra, véase el estudio realizado por Fernández-Romero, Enrique; Espino Pérez, Rafael; Aguilera Peña, Manuel; Pablo Vázquez, María Dolores; Galán Doval, Carlos Javier; y Recio Ramírez, José Manuel en “Violencia doméstica atendida en urgencias de un hospital comarcal: características sociodemográficas de víctima y agresor”, Servicio de Urgencias de la Línea de Procesos Críticos y Urgentes del Hospital de Montilla (Córdoba). Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir. Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. Emergencias 2008, nº 20.

masculino y femenino, y la asunción de cada miembro del rol que tienen asignado. Por ello, generalmente el receptor de la violencia directa es la pareja, y en segundo lugar las hijas, si bien los hijos menores también pueden ser receptores de violencia de género cuando no adoptan el rol masculino o interfieren en la asignación de los roles femeninos (niños “enmadrados”, realización de roles “femeninos” como limpiar la casa, hacer la comida, la compra o la plancha, o no asunción de roles “masculinos” como pelear, realizar juegos violentos...). El agresor cree firmemente en dichos roles²⁵³, bien por pertenecer a generaciones anteriores donde dichos roles primaban socialmente o ámbitos sociales o culturales donde todavía predominan, bien por haberle sido inculcados dentro de su propio ámbito familiar, generalmente por haber sido víctimas directas o indirectas de violencia de género.

Se dan en este tipo de agresor todas las circunstancias que antes hemos mencionados (dependencia emocional, sentimientos contrapuestos, celos patológicos, e incapacidad de mostrar sentimientos), si bien los celos patológicos no tienen que provenir de una baja autoestima que si concurren en otros tipos de agresores, sino que provienen de la creencia que el hecho de que la esposa/pareja se relacionen con otros

²⁵³ Lorente Acosta, Miguel en “El agresor en la violencia de género: anatomía del maltratador”, conferencia impartida en Gijón el 25-10-2005, disponible en www.comadresfeministas.com el 10-06-2013, manifiesta que “por eso cuando hablamos de violencia contra la mujer tenemos que entender que ese elemento instrumental es fundamental ya que estamos dentro de lo que se denomina un “crimen por autojustificación” o “crimen moral”, como llaman algunos autores: el agresor actúa por coherencia, por convencimiento, como consecuencia de la idea que él tiene de esa relación, de esa estructura familiar, de esa estructura de pareja que él va imponiendo a base de intimidación, de coerción, de amenazas, etc. Esa estructura es la que levanta el agresor y por lo tanto actúa con pleno convencimiento de que lo que está haciendo está haciéndolo por un bien superior al daño que produce. Es decir, el agresor en todo momento es consciente de que está produciendo un daño a la mujer y por eso se protege, por eso intenta que la mujer no denuncie, por eso le pide perdón en la fase de luna de miel, por eso la amenaza y le dice “como me denuncies te voy a quitar a los hijos, te vas a quedar en la calle, te vas a ver sola...”; eso lo va haciendo precisamente para mantener esa situación de violencia ya que él reconoce que está produciendo un daño. Lo que ocurre es que para él el beneficio que produce esa violencia es superior a ese daño.”

hombres ponen en entredicho su hombría y virilidad, su rol masculino y su figura como líder de la familia.

En el maltratador de violencia de género la violencia no tiene porque ser física, ya que en muchas ocasiones, cuando el sujeto activo no es agresivo de por sí, los actos tendentes a la sumisión serán los mínimos imprescindibles para tal fin (y que dependerá de la resistencia que oponga el sujeto pasivo en la asunción del rol), ya que el maltratador se erige al tiempo que en dominador, también en el protector familiar. Por ello los actos de dominio podrían quedar en la culpabilización de los problemas familiares en la no asunción del rol, control económico, social y familiar, control en la educación de los hijos, sin llegar a la violencia física.

El agresor de violencia habitual no de género es violento de por sí, es su naturaleza, y la razón de la violencia no se encuentra en su consideración y aceptación de los roles masculinos y femeninos de superioridad del hombre sobre la mujer. La raíz de la violencia suele ser externa a la familia, y por tanto no depende del comportamiento familiar en tanto que éste solo es la excusa que desencadena la crisis. A los criterios comunes antes expuestos de dependencia emocional de la víctima y sentimientos contrapuestos hacia ésta, celos patológicos e incapacidad de mostrar sentimientos, hay que sumar la falsa apariencia de confianza, el bajo control de impulsos, un alto nivel de frustración social, laboral y/o familiar, y sensación de fracaso vital reflejado en algunos o en todos estos aspectos. El agresor descarga sobre la familia la ira contenida socialmente, o en su caso, ésta es una más de las receptoras de la ira que refleja y desencadena hacia toda la sociedad. La violencia en todas sus manifestaciones es su forma de relacionarse a nivel social. Es frecuente la “doble piel”

del maltratador violento, ya que socialmente suele enmascararse el carácter violento bajo una apariencia de educación y respetabilidad que se rompe en la interioridad del hogar, lo cual además genera un mayor nivel de stress y situaciones de tensión, puesto que la familia se convierte en la única válvula de escape, y por tanto, las reacciones tenderán a ser más violentas.

Finalmente, la violencia puede traer su causa en la dependencia del maltratador hacia el alcohol u otras sustancias, siendo éste el desencadenante de las crisis, que solo se producen durante las ingestas o los efectos de las mismas.

Los anteriores factores desencadenantes de la violencia habitual pueden concurrir por separado o de forma conjunta, de manera que podemos hablar por ejemplo de un maltratador violento y alcohólico, o de un maltratador de género que además es violento. E incluso, podemos encontrar supuestos de maltratadores de género, de carácter violento y adictos al alcohol y/u otras sustancias estupefacientes o tóxicas.

Salvo los maltratadores de género y los dependientes a sustancias no violentos, los sujetos activos no son motivables por la norma penal. Ya hemos visto como el sujeto activo de violencia habitual actúa en el estallido de una crisis tras un aumento de la tensión familiar, y como confluyen en él dependencias emocionales, bajo control de sus impulsos, un carácter violento, niveles de frustración y baja autoestima. Teniendo en cuenta esos factores, al sujeto activo no tiene en cuenta ni calibra las consecuencias penales de su actuar. Durante el acto violento el sujeto activo está bajo un estado de ira y excitación, no está en condiciones de poder controlarse y por tanto

no es susceptible de motivación por la norma. Desde la entrada en vigor de la Ley 1/2004, no existen datos significativos de descenso o aumento en el número de homicidios de mujeres a manos de sus parejas²⁵⁴, únicos datos que no dependen de las denuncias interpuestas²⁵⁵ por parte de las víctimas (aunque no sea un delito privado, un altísimo porcentaje de delitos de violencia en el ámbito familiar se inicia por denuncia de la víctima o allegados a la misma, por la propia naturaleza del delito y el ámbito en el que se produce). Si bien no se contemplan otras muertes en el ámbito familiar que no sean las de la esposa, si nos sirven de reflejo a efectos de apreciar las alteraciones sufridas desde antes de la entrada en vigor de la ley de violencia de género hasta nuestros días, tras ocho años en vigor²⁵⁶. En todo caso si resulta significativo a efectos de dar apoyo a la tesis de falta motivabilidad del agresor, es que alrededor de 30% de los homicidios de género cometidos en España (hasta un 40% en

²⁵⁴ Sin valorar si hablamos o no de homicidios por cuestión de género o sexo.

²⁵⁵ En cuanto a las estadísticas de violencia en el ámbito familiar y de género hay que tomar los datos estadísticos con prudencia. En primer lugar, los mismos no recogen diferencias entre la violencia de género y no de género, en segundo lugar solo computa el número total de denuncias interpuestas sin computar cuantas pertenecen a la misma víctima o al mismo sujeto activo dentro del mismo núcleo familiar, en tercer lugar dichas denuncias no están puestas en relación con las denuncias falsas interpuestas, y en cuarto lugar la estadísticas de sentencias absolutorias no distingue de la absolución por falta de pruebas por cuanto la víctima y/o testigos no declaran de cuando no se consideran probados los hechos o la autoría del presunto sujeto activo aun habiendo declarado la víctima, no los hechos no se consideran constitutivos de ilícito.

²⁵⁶ Entre las funciones de las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género de cara al agresor, se encuentran el estudio de la personalidad del agresor, el análisis de la conducta y su relación con las consecuencias sufridas por la mujer, y alcanzar un diagnóstico de probabilidad de riesgo generado por la actitud violenta del agresor (peligrosidad), según Lorente Acosta, Miguel en “La importancia de la coordinación institucional: protocolos en la ley integral. Las unidades de valoración integral de la violencia de género de los institutos de medicina legal” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005, pág. 134.

E.E.U.U.) son seguidos del suicidio intentado o consumado del agresor²⁵⁷, cifra elevadísima que demuestra el poco peso que las consecuencias jurídicas pueden tener sobre su decisión y las consecuencias de ésta.

De esta manera, los datos desde 2001 en víctimas mortales de mujeres asesinadas por sus parejas o cónyuges son los que se reflejan en el siguiente cuadro²⁵⁸:

AÑO	NUMERO DE MUERTES	SUICIDIOS Y TENTATIVAS DE SUICIDIO DEL AGRESOR
2001	50	
2002	54	
2003	71	20
2004	72	16
2005	57	16
2006	69	26
2007	71	15
2008	76	23
2009	56	21
2010	73	30
2011	61	19
2012	52	21
2013 (1ER SEMESTRE)	24	11

²⁵⁷ Fernández Teruelo, Javier Gustavo en “Feminicidios de género: Evolución real del fenómeno, el suicidio del agresor y la incidencia del tratamiento mediático”, Revista española de Investigación criminológica nº 9, 2011, pág. 9 y 10.

²⁵⁸ Datos extraídos de las estadísticas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Como puede observarse, el número de muertes anuales no presenta una curva ascendente o descendente significativa, sino que presenta un número variable entre las 50 muertes ocurridas en 2001 y las 76 muertes ocurridas en 2008, aumentando o disminuyendo el número de muertes anuales de forma irregular por causas desconocidas que no pueden atribuirse a ningún agente externo concreto ni medida legal. De estos datos no se extrapola que la Ley 1/2004 haya motivado al agresor de manera que desciendan los delitos de homicidio de mujeres a manos de sus esposas. A mayor abundamiento, podemos observar como entre un 20 y 30% de los sujetos activos de tales delitos se suicidaron o trataron de suicidarse, lo que sí es demostrativo de la escasa o nula motivación de la que son susceptibles los mismos.

Pero incluso teniendo en cuenta las estadísticas de sentencias recaídas en violencia sobre la mujer, tampoco se aprecian datos significativos en las cifras anuales, como puede verse en el siguiente cuadro de sentencias condenatorias de violencia contra la mujer²⁵⁹:

AÑO	NÚMERO DE SENTENCIAS CONDENATORIAS
2006	19.988
2007	20.600
2008	23.077
2009	22.756
2010	21.368

²⁵⁹ Datos extraídos de las estadísticas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Como puede observarse, existe una línea primero ascendente y luego ligeramente descendente, que no se corresponde con ninguna medida legal o de otra índole que pudiera haber influido, teniendo en cuenta además la escasa variación tanto en uno como en otro sentido. De todo ello se deduce, una vez más, que el sujeto activo no es susceptible de motivación por la norma de manera que descienda el número de delitos cometidos.

Si deberíamos plantearnos si no existe una motivación contraproducente a la inversa, una vez que el maltratador ha sido judicializado por hechos menores (amenazas o coacciones leves), y se le ha impuesto una pena de hasta un año de prisión, si el mismo reincide o no mediante hechos más lesivos hacia la víctima pero que tienen la misma penalidad y que además son más susceptibles de causar miedo, y por tanto, de someter a la víctima. Es decir, si penamos igual el acto de decirle a tu mujer “te vas enterar” que el acto de pegarle una paliza con lesiones no necesitadas de tratamiento médico o quirúrgico, con independencia del posible quebranto del principio de proporcionalidad de las penas, mentalmente ya no existe obstáculo para no propinar la paliza, puesto que la responsabilidad es la misma, y la paliza puede ser más eficaz para sus objetivos de sumisión y para infundir además el miedo necesario para que no denuncie. Si además tenemos en cuenta que con la actual legislación por ejemplo, a un hombre que le dijera cinco veces a su mujer “te vas a enterar” le podrían caer hasta ocho años de prisión²⁶⁰, ¿puede extrañarnos que ante tal extremo, el agresor acabe matando a la víctima o causándole lesiones graves, si la diferencia de pena va a ser mínima? A este respecto, no existen estadísticas publicadas sobre si han

²⁶⁰ Un año de prisión por cada delito de amenazas leves y hasta otros tres años por un delito de violencia habitual.

aumentado los delitos lesivos desde la entrada de la Ley 1/2004 en que las amenazas y coacciones leves pasaron a ser delitos, o a la contra, si han disminuido. En todo caso, es una cuestión que ni el legislador se planteó en el momento de legislar, ni parece que el ejecutivo se plantee actualmente a la vista de los nulos datos que pueden recabarse respecto a tal extremo tanto del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, como del Observatorio de Violencia de Género.

En cuanto a los maltratadores de género no violentos, son motivables por la norma única y exclusivamente a nivel coactivo por su mayor control emocional, es decir, dejarán de actuar a los niveles más graves solo por miedo ante las consecuencias jurídicas de los actos cometidos, pero no asumirán como propios valores de igualdad entre géneros, de respeto, tolerancia y reparto equitativo de funciones entre hombre y mujer. El Derecho Penal no puede cumplir tales fines, y los mismos solo podrán cumplirse mediante la educación, y mediante intervención social.

Finalmente, y en cuanto al maltratador dependiente, el cese de la violencia pasa necesariamente por la deshabituación del sujeto activo, y el tratamiento en su caso de las enfermedades que pudieran haber derivado de la dependencia a las sustancias alcohólicas y/o estupefacientes.

4-La respuesta penal. Análisis de los tipos penales. La punibilidad como forma legalmente prevista para la resolución de los conflictos intrafamiliares y su fracaso.

La visualización en los últimos años de la denominada violencia de género (en su acepción de violencia ejercida por un marido contra su mujer), y que ha sido puesto en el punto de mira de los medios de comunicación más sensacionalistas así como de los telediaris y demás medios de prensa, ha supuesto, en el aspecto más positivo, la concienciación social de la existencia de una realidad hasta ahora invisible, justificada, encubierta y hasta socialmente admitida, la aceptación como un problema que trasciende el ámbito familiar y que afecta a la sociedad en su conjunto en todos sus aspectos con graves perjuicios a todos los niveles (servicios sociales, ámbitos laborales, económicos, familiares, judiciales, administrativos...), y la resolución y presión a que se debe actuar contra la misma a todos esos mismos niveles.

En su aspecto más negativo, hemos de mencionar la trivialización o la dramatización que en los medios se ha efectuado en muchas ocasiones de la violencia de género, lo que supone una distorsión y por tanto una deficiente concepción de la auténtica realidad y de las dimensiones del problema. Asimismo, el tratamiento efectuado no ha sido realizado de una forma informada y con conocimiento de las causas y naturaleza de la violencia o de las consecuencias de la misma, elevando lo anecdótico a generalidades²⁶¹, lo que ha llevado a confundir términos y realidades,

²⁶¹ Por ejemplo, el caso del padre que mató a los hijos menores durante un régimen de visitas ha llevado a determinados colectivos y medios de comunicación a solicitar que siempre que haya una denuncia penal por violencia doméstica se imponga la prohibición de ver a los menores. Ello conllevaría que un hecho puntual y anecdótico, por más dramático que sea, podría afectar a decenas de miles de menores que estarían imposibilitados de relacionarse y

aún en contra de la propia mujer. Por otro lado, la supresión en los medios de que existe violencia de género fuera del ámbito de la relación conyugal e incluso familiar, o de que existen otros tipos de violencia de género, de que existe y también es un problema real y social la violencia en el ámbito familiar no de género contra la esposa o contra otros miembros que no son la esposa, da una imagen parcial y sesgada de las auténticas dimensiones del problema y de su naturaleza global²⁶².

La visualización social del problema ha conllevado continuas modificaciones de una legislación penal que parece no encontrar acomodo, y por tanto, es procedente analizar cuál es el tratamiento que la violencia en el ámbito familiar recibe en esta legislación, analizando la misma y examinando detenidamente si responde y es eficaz a la hora de dar respuesta a esta realidad social. Por tanto, en el estudio de los tipos penales, nos limitaremos a concretar los diferentes elementos del tipo para eso sí, extendernos en la problemática que su aplicación presenta a nivel judicial y que consecuencias conlleva su aplicación.

Todo ello sin olvidarnos de que el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* y debe hacerse uso esencial y primeramente de los servicios sociales, del sistema educativo, del derecho administrativo y civil, con preferencia al Derecho Penal, toda vez que el uso de éste, y la falta de motivación que el mismo produce en el agresor y que ya hemos analizado, no son eficaces para resolver el problema social que la violencia en

ser educados por su progenitor si durante una discusión éste haya manifestado a su esposa “te vas enterar, voy a por ti”.

²⁶² Sobre la relación entre expansión del Derecho Penal y el tratamiento de la violencia de género en los medios de comunicación, véase Lloria García, Paz en “La influencia de los medios de regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 183 y ss.

el ámbito familiar y por razón de sexo supone, al ser una respuesta tardía una vez producido el acto violento y causado el mal. La necesidad de una normativa penal no puede hacernos perder de vista la importancia en la asignación de suficientes medios y recursos para que desde otras disciplinas del Derecho, y sobre todo, desde el ámbito social y educacional, se actúe con rapidez y eficacia, así como con constancia, y no a base de hechos puntuales y anecdóticos, parcheando la legislación a golpe de prensa y con motivación electoralista sin una visión global y de conjunto.

4-1 Art. 153 del Código Penal. El delito de maltrato y lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico.

4-1-1 Art. 153-1 del C.P. Cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor.

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”

El art. 153 del Código penal se creó exnovo tras la reforma operada por la Ley 1/2004, ya que hasta ese momento recogía los delitos de violencia habitual, los cuales

a su vez fueron trasladados al art. 173-2 del mismo Código, lo que ha dado pie a encendidas polémicas en cuanto a los bienes jurídicos protegidos en ambos supuestos, sobre todo con la violencia habitual que pasó de encuadrarse dentro de los delitos de lesiones con los delitos contra la integridad moral. El nuevo delito de maltrato y lesiones en el ámbito familiar tiene por tanto su antecedente más cercano en la falta de lesiones y maltrato del art. 617-1 y 2 Código Penal, de los que toma su conducta y que son agravados únicamente en función de la especial relación entre los sujetos, lo que ha motivado a su vez crítica doctrinal y una irregular y contradictoria jurisprudencia en torno no solo a su constitucionalidad, sino respecto a aspectos tan dispares como la concurrencia o no de un especial elemento subjetivo, el automatismo o no de la aplicación del tipo penal, o la singular consideración de las mujeres como colectivo especialmente vulnerable.

Pero a pesar de las críticas vertidas y de la jurisprudencia contradictoria, el legislador no ha realizado modificación alguna del tipo penal (ni tampoco de los restantes tipos introducidos en la Ley 1/2004) que permitiera solventar alguno de los problemas que se han hecho evidentes a lo largo de la aplicación procesal y penal de los delitos de violencia que a continuación analizaremos, y que tan necesarios nos parecen.

4-1-1-1 –Sujetos. Las personas especialmente vulnerables; la presunción iuris et de iure de la mujer como persona especialmente vulnerable.

En cuanto al sujeto pasivo, solo pueden serlo personas especialmente vulnerables que convivan con el sujeto activo, o esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Respecto al

primer grupo de sujetos contemplados, las personas especialmente vulnerables, pueden serlo cualquiera que conviva con el autor, no exigiendo el tipo penal que sean familia. Tampoco existe condicionante de sexo, pudiendo ser hombre o mujer. Debe acreditarse, eso sí, la especial vulnerabilidad,²⁶³ ya sea por condiciones de edad (por minoría de edad²⁶⁴ o por ancianitud²⁶⁵), de enfermedad, de disminución psíquica o

²⁶³ La especial vulnerabilidad es una cuestión meramente valorativa, que tiene que traer causa en datos objetivos. Según la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, la persona especialmente vulnerable es “cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor”. Para García Castaño, Francisco Javier y Granados Martínez, Antolín en “Educación, ¿integración o exclusión de la diversidad cultural?” en V.V.A.A. *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Coords. Francisco Javier García Castaño y Nina Kressova, Granada 2011, pág. 897, establece como algunas causas de especial vulnerabilidad en relación a los delitos de violencia de género la condición de inmigrante, desconocimiento de la lengua, dependencia económica del agresor, falta de redes familiares y sociales, o la situación irregular administrativa.

²⁶⁴ Respecto a la minoría de edad, la sentencia núm. 72/2011 de 25 de Julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia “Esa vulnerabilidad se ha visto especialmente potenciada en este caso **por la edad** en que comenzaron las agresiones sexuales (con unos ocho años de edad la menor), **por la presión ejercida sobre la menor** (no sólo por las amenazas vertidas para que se sometiera y callara, sino por la destrucción de la protectora figura paterna, que era quien le hacía soportar actuaciones indeseables), **por la sensación de desvalimiento y falta de protección originadas** (la menor no podía acudir a quien por su edad y circunstancias debía y podía protegerla: su padre -por ser el autor de las agresiones-, y su madre -por verse amenazada la niña de eventuales males que sobre la madre y su hermano pudieran producirse de relatar lo que estaba soportando-), **y por la vía instrumental de ejercicio de la violencia sobre la menor** (amenazas vertidas: matarla a ella y a su madre y hermano, “te voy a partir los morros”; y golpes recibidos: lo que proyectaba un directo ejercicio de violencia sobre la menor, expresión cierta de un poder material sobre ella y que corroboraba y reforzaba con las amenazas verbales también vertidas).” Por su parte la sentencia 198/2009 de 8 de Mayo de la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz manifiesta que “También hay que tener en cuenta que el agresor es el esposo de su madre, con el que convivía en el domicilio familiar, lo que propiciaba **una mayor exposición de la menor por el fácil acceso que el agresor podía tener hacia ella y a su vez la escasa resistencia o lo fácil que le iba resultar al agresor vencer su negativa.**” De todo ello se desprende que la jurisprudencia exige que a la menor edad le acompañe un mayor desvalimiento y una falta o notable disminución en la capacidad de protección.

²⁶⁵ La sentencia núm. 40/2006 de 30 de Enero de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, se pronuncia en el sentido de “una **persona de avanzada edad** (el sujeto pasivo tenía 82 años) y, por tanto, especialmente vulnerable a cualquier tipo de ataque físico o mental perpetrado contra ella.” Por el contrario, la sentencia núm. 138/2008 de 27 de Marzo de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, manifiesta que “en el presente caso,

disminución física²⁶⁶, no bastando la mera concurrencia de estos factores para la apreciación de la vulnerabilidad, sino que tiene que acreditarse específicamente que dicho factor provoca la especial vulnerabilidad, la cual puede concretarse en una menor capacidad de defensa frente al agresor y una mayor desprotección y desvalimiento²⁶⁷. Respecto de éstos asimismo, el sujeto activo puede serlo también cualquier integrante del núcleo familiar, sin requisitos de sexo, siempre y cuando se cumpla el requisito de la convivencia. Cuando no concurra el requisito de la convivencia, aunque nos encontremos con que el sujeto pasivo es especialmente vulnerable, habremos de acudir al art. 153-2 Código Penal, siempre y cuando la

nada se ha acreditado de forma objetiva salvo la edad física de la víctima (71 años). Al margen de dicho extremo solo cuenta la Sala con el visionado de la cinta del acto del juicio oral, donde no se le formuló preguntas sobre dicha condición. Y aunque es cierto que se observa en la madre del recurrente un temor hacia el hijo derivado de la conducta delictiva del mismo, no es menos cierto que no se aprecia en la misma los signos externos que puedan llevar a pensar en una asimilación a la vulnerabilidad pretendida. En efecto, se aprecia una inteligencia normal, una correcta educación dentro su formación, una capacidad de defensa por altura y complexión frente al hijo aunque menor lógicamente, sin que conste que la misma tenga una enfermedad que limite todo lo anteriormente indicado.” De dichas sentencias se deduce por tanto que la avanzada edad por sí misma no es requisito suficiente para la apreciación de la especial vulnerabilidad, sino que dicha edad debe conllevar una menor capacidad de defensa respecto del agresor, igual que en el caso de la menor edad.

²⁶⁶ La Sentencia núm. 36/2008 de 1 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén, así como la sentencia de origen del Juzgado de lo Penal, no consideraron la concurrencia de personas especialmente vulnerables a dos internos de la Residencia de Gravemente Afectados Psíquicos, uno de ellos incapacitado, y afectados ambos por déficit mental severo en su totalidad.

²⁶⁷ Morillas Fernández, David Lorenzo en “Víctimas especialmente vulnerables y Ley orgánica 1/2004” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 326 y 327, considera que “la víctima especialmente vulnerable ha de identificarse como una víctima individual, real e inocente, pudiendo definirse como aquellos grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes, endógenos o exógenos, que los hace fácilmente victimizables, siendo, por tanto, su índice de victimización mayor que el del resto de individuos”. En el mismo sentido se manifiesta Olmedo Cardenete, Miguel en “Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género”, en el mismo libro compilatorio, pág. 354.

relación pueda integrarse dentro de alguna de las posibilidades establecidas en el art. 173-2 Código Penal²⁶⁸.

En cuanto al segundo grupo de personas contempladas, esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, el sujeto pasivo solo puede serlo la mujer²⁶⁹, que además tenga establecido alguno de los vínculos mencionados en el tipo penal con el sujeto activo, el cual solo puede serlo el hombre²⁷⁰. A diferencia de las personas especialmente vulnerables, no se requiere la convivencia, y de hecho, no se requiere siquiera que hayan convivido alguna vez. No se plantean problemas en cuanto a los matrimonios, ni en cuanto a las parejas de hecho que conviven en el mismo domicilio, mantengan actualmente dicho vínculo o el mismo se haya roto por divorcio o separación.

Los problemas se plantean por cuanto la expresión “análoga relación de afectividad aún sin convivencia”, va más allá de la mencionada pareja de hecho, pero

²⁶⁸ Por ejemplo, encontrarse sometido a potestad, guarda o tutela del cónyuge o conviviente, o estar sometida a guardia o custodia en Centro Público o Privado.

²⁶⁹ Según la Circular 6/2001 de la Fiscalía, se considera también mujer a la mujer transexual, “aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino”. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, Auto de fecha 3 de mayo de 2010 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo nº 206/10), que considera integrable en el tipo como mujer a transexual no inscrito en el Registro Civil, pero que se encuentra intervenido quirúrgicamente a la par que conductual y emocionalmente se encuentra más cerca del género femenino que del masculino.

²⁷⁰ La sentencia 59/2008 de 14 de Mayo del Pleno del Tribunal Constitucional, dejaba sin embargo la puerta abierta a que existieran otras posibilidades al hombre en aras a una justificación de la constitucionalidad del precepto, si bien al tiempo manifestaba que el tipo penal justifica su agravación por la especial y tradicional relación de sometimiento de la mujer hacia el hombre y su plano de desigualdad histórica, así como el mayor número de agresiones de hombres hacia mujeres en dicho plano relacional que a la inversa, lo que de facto supone establecer que el único sujeto activo es el hombre.

si bien no hay duda de que éstas quedan incluidas en el tipo penal, hay serias dudas respecto del resto de relaciones de pareja sentimental o noviazgo²⁷¹, no tanto en cuanto a si las mismas deben o no quedar incluidas en el tipo penal, sino a cuáles son los límites de dichas parejas, o dicho de otro modo, qué debemos considerar por pareja sentimental o noviazgo. ¿Es noviazgo la relación de dos adolescentes de 16 años que se han conocido en una discoteca y que han quedado como “novios” durante un par de fines de semana? ¿Es pareja sentimental la amante con la que no se tiene ninguna intención de formalizar legalmente la relación, o que incluso, es la “otra”? ¿Son pareja dos amigos que han mantenido alguna vez encuentros sexuales, o dos personas que de forma habitual mantienen relaciones de naturaleza puramente sexual? ¿Podemos considerar que son expareja a los efectos de aplicación del art. 153-1 Código Penal un chico y una chica que fueron pareja en su país de origen con 14 y 15 años respectivamente, y que 16 años después se reencuentran en nuestro país en casa de unos amigos y acaban discutiendo y agrediendo por hechos que nada tienen que ver con la relación que tuvieron²⁷²?. Estos y otros muchos ejemplos extraídos de la realidad requieren respuesta, y por ello es necesario proceder a interpretar la expresión “análoga relación de afectividad aún sin convivencia”.

²⁷¹ Según la Sentencia núm. 81/2013 de 24 de Enero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, “en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas “more uxorio”, lo que usualmente se conoce como pareja de hecho, surgiendo dudas a aquellas relaciones no encuadrables en las anteriores, y en concreto el noviazgo.”

²⁷² El supuesto fue sobreseído por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer al considerar, previo informe del Ministerio Fiscal, al considerar que dicha relación de adolescentes de escasa duración no integraba una “análoga relación”, que no entraba dentro de la finalidad de la norma considerar “familia” a efectos del tipo penal a dos personas que después de 16 años sin tener contacto alguno coinciden de forma casual y se agreden por motivos ajenos a la relación de pareja que tuvieron, y que quedaba fuera del ámbito de protección de la norma.

Para la doctrina, se deben incluir dentro relaciones de noviazgo y determinadas relaciones sentimentales de cierta intensidad, excluyendo relaciones de prostitución, las relaciones de chats o Internet, la relación sexual única o el sexo ocasional sin ninguna otra vinculación²⁷³. También se exige por la doctrina la estabilidad de la relación²⁷⁴, y que hace referencia al termino “estable” que en 1995 se incluyó en el Código Penal en referencia a la pareja unida en análoga relación de afectividad, y que desapareció posteriormente en la reforma de LO 11/2003. Por su parte, la jurisprudencia exige seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación²⁷⁵, y un cierto grado de compromiso²⁷⁶.

Desde nuestro punto de vista, el término “análoga relación de afectividad” requiere que la relación tenga o haya tenido su base en el afecto, quedando fuera cualesquiera otras relaciones de naturaleza económica o social que no incluyan el afecto. Además, dicho afecto debe tener un comportamiento de carácter íntimo o

²⁷³ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia 2011, pág. 503.

²⁷⁴ Cuenca García, María José en “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña* núm. 4, 1998, pág. 629 y ss.

²⁷⁵ Por ejemplo, las Sentencias núm. 152/2007 de 26 de febrero y núm. 81/2013 de 24 de Enero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dicen “Sin duda, **no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal**, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos judiciales al entender que determinadas relaciones de noviazgo, sin que medie convivencia entre los novios, deben quedar amparados en el ámbito de protección penal y procesal de la violencia de género. Será una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, **por la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación.**” Sin embargo, la sentencia núm. 1376/2011 de 23 diciembre de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no exige la idea de futuro, sino simplemente afectividad de cierta intensidad diferente a la amistad.

²⁷⁶ Sentencia 510/2009 de 12 de mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

romántico, es decir, el que se presupone a una relación matrimonial a la cual va referida análogamente, lo que excluiría las relaciones meramente de amistad. Dicha analogía a la relación matrimonial conlleva también la idea de una mínima estabilidad y proyección de un futuro común, lo que permite excluir relaciones de naturaleza puramente sexual, la prostitución, las relaciones adúlteras sin intención de formalización de la convivencia, o los noviazgos de “verano” o de “fin de semana” entre adolescentes.

En cuanto a si podemos incluir dentro del tipo penal los supuestos en que el sujeto activo y pasivo han obtenido la anulación matrimonial²⁷⁷, hemos de tener en cuenta que un matrimonio nulo implica que éste nunca existió, que quedan anulados todos sus efectos presentes y futuros, salvo en las obligaciones referentes a los hijos y a los efectos producidos respecto de éstos y de los contrayentes de buena fe²⁷⁸. Por tanto previamente hay que determinar si con la anulación se han extinguido todos los efectos entre los cónyuges, o si se han mantenido algunos. La total extinción de los efectos entre los cónyuges debe conllevar la imposibilidad de que se integren dentro del tipo del art. 153-1 del Código Penal (y por tanto la conducta solo podrá integrarse dentro de las faltas de lesiones o de maltrato del art. 617-1 o 2 del mismo cuerpo

²⁷⁷ La nulidad matrimonial viene determinada en el art. 73 y ss. del Código Civil, el cual establece que “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48. 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos. 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. 5.º El contraído por coacción o miedo grave.”

²⁷⁸ El art. 79 del Código Civil establece que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.”

legal), salvo que pueda acreditarse la existencia de otra relación diferente a la matrimonial, por ejemplo, sentimental²⁷⁹. El mantenimiento de los efectos habrá de analizarse en cada supuesto, aunque en principio el mantenimiento de los efectos para uno de los cónyuges supone el reconocimiento jurídico de la existencia de la relación matrimonial, y por tanto podrían incluirse dentro de la tipificación del delito de violencia.

En cuanto a si la relación análoga se produce dentro del seno de otra relación familiar incestuosa (padre e hija, o hermanos), en principio estaríamos ante un concurso de normas entre el art. 153-2 y el art. 153-1, ambos del Código Penal. No hay problemas en apreciar la posibilidad de integración dentro del tipo del art. 153-1 y por tanto la aplicación del mismo con preferencia al 153-2, ambos del Código Penal, toda vez que la legislación o la jurisprudencia no exigen la posibilidad de que pueda formalizarse legalmente la relación, lo que no impide apreciar por ejemplo la existencia de relación entre emigrantes ilegales o de éstos con nacionales españoles, o de persona casada con un tercero sin haber obtenido divorcio o nulidad de un matrimonio anterior, o de una persona incapaz. Para su consideración, eso sí, es necesario diferenciar de cuando la relación es obligada hacia una de las partes (por ejemplo, padre o hermano que obliga a la hija/hermana a mantener no solo relaciones sexuales, sino apariencia de pareja sentimental), a cuando es libremente consentida. Entonces habrá de estarse a la naturaleza última de la relación, y si la misma cumple

²⁷⁹ No podemos olvidar que un matrimonio es finalmente un contrato, en el que pueden confluir y generalmente confluyen razones personales, afectivas y de naturaleza sexual, pero también éstas pueden estar ausentes y procederse al matrimonio por razones económicas (el vulgarmente llamado “braguetazo”), familiares (matrimonio concertado por los padres en los que los novios se han conocido en el momento del matrimonio), sociales (por adquirir un status) o incluso administrativas (regularización de un extranjero en el país). Por tanto hay que diferenciar entre un matrimonio que deviene de una relación sentimental anterior o coetánea, de un matrimonio que trae causa en razones diferentes a la relación de afectividad.

los requisitos que hemos establecido antes para la consideración de la relación como análoga a la relación matrimonial.

No podemos incluir dentro del tipo del art. 153-1 Código Penal referido a “esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia” a las parejas homosexuales. En cuanto a las parejas homosexuales masculinas, el tipo explícitamente requiere que sea “esposa o mujer”, lo que excluye cualquier tipo de interpretación análoga *in malam partem*. En cuanto a las parejas homosexuales femeninas, el término “el” hace referencia expresamente a que el sujeto activo tiene que ser un hombre. Todo ello sin perjuicio de que el legislador ha motivado la diferencia de penalidad del artículo 153-1 respecto del apartado 2, ambos del Código Penal, precisamente en la situación de desigualdad histórica de la mujer respecto al hombre, lo que no se cumpliría de una mujer respecto de otra mujer.

Finalmente y en cuanto a las relaciones en que uno de los cónyuges o ambos son transexuales, hay que analizar en cada supuesto concreto cual es el rol de la persona transexual dentro de la pareja o matrimonio. No podemos olvidar que la persona transexual a veces se identifica con un sexo concreto hombre/mujer, y otras no se identifica plenamente con ninguno de ellos, y se siente perteneciente a un tercer género, tal y como ya hemos analizado. Cuando la persona transexual no se identifique con la figura de hombre en el caso de ser el sujeto activo, ni en el de mujer en el caso de ser el sujeto pasivo, no cabrá la aplicación del art. 153-1 Código Penal. Podrá aplicarse el mismo sólo en el caso de que el sujeto activo transexual se identifique como hombre, y/o el sujeto pasivo transexual se identifique como mujer.

A diferencia de lo manifestado por Araceli Manjón-Cabeza²⁸⁰, entendemos que la inscripción en el Registro Civil no debe ser determinante aun cuando haya inscripción de la rectificación de sexo, y habrá que estar a la realidad de la persona transexual, cuando ésta pueda ser acreditada en el proceso penal (por testificales, periciales psicológicas, informes médicos...). De este modo, si la persona transexual no ha iniciado los trámites de cambio de sexo o éstos aún no han concluido, pero hay evidencias de que la misma se siente hombre o mujer, ese deberá ser el tratamiento que reciba a efectos de tipificación penal con independencia de los datos registrales. Igualmente, y aunque haya cambio en la inscripción de sexo, y teniendo en cuenta que actualmente la legislación administrativa española no reconoce la existencia del tercer género, una persona transexual que haya cambiado por ejemplo de sexo masculino a femenino por su mayor cercanía a dicha condición, pero que no se encuentra finalmente identificada ni con el status de hombre ni con el de mujer, no podrá considerarse como tales a efectos de la integración del tipo penal del art. 153-1 Código Penal, y habrá que remitirse al apartado 2 del mismo artículo.

4-1-1-2-Bien jurídico; la pluriofensividad y la paz familiar

Desde el punto de vista que mantenemos y que ya hemos mencionado en el apartado 2-2, partimos de la consideración de un bien jurídico pluriofensivo en que junto a la salud e integridad física y psíquica propios del delito de lesiones, se protege

²⁸⁰ Para Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 503, "cuestión distinta es la de las parejas con uno o dos miembros transexuales: si hay inscripción en el registro del nuevo sexo, este es el que deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar los nuevos tipos de violencia de género."

esencialmente la familia en la conceptualización ya realizada, remitiéndonos expresamente a dicho apartado. Todo ello sin perjuicio de que eventualmente puedan verse comprometidos otros bienes jurídicos como la integridad moral o la dignidad de las personas.

La concepción de este bien permite lo que ya alguna jurisprudencia minoritaria está tratando de hacer con diversa fortuna utilizando el criterio de la dominación y/o el machismo, y es separar los meros actos normales durante una convivencia (en el caso del art. 153-1 Código Penal, por ejemplo, esposo que procede a retirar físicamente a la esposa de la puerta del domicilio durante una discusión porque la misma está bloqueándola para que el marido no salga, y trasladando el problema al apartado 2 del mismo artículo, un empujón entre dos hermanos por quién coge el mando de la tele o quien se come el último flan de la nevera), de aquellos otros actos que suponen una anormal perturbación de la convivencia familiar. Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo avala que el bien jurídico es la paz familiar²⁸¹, también lo es que tanto la Fiscalía al remitir los escritos de acusación como la mayor parte de los Juzgados de Instrucción y de Violencia contra la Mujer al instruir las causas y de los Juzgados de lo Penal al dictar sentencia, se quedan meramente en el acto objetivo del maltrato o lesión, sin entrar a valorar la lesión al bien jurídico ni la intencionalidad del sujeto activo. Los intentos por considerar faltas del art. 617-1 y 2 Código Penal determinados actos que objetivamente y en función de lo sujetos activo-pasivos serían delito van encaminados a las agresiones mutuas entre cónyuges, a la no consideración de dominación o machismo, y al derecho de

²⁸¹ Véase, por ejemplo, las Sentencias 662/200, de 18 de abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; 1241/2010 de 26 de Julio de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid; o 92/2011 de 18 de Enero de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona .

corrección en cuanto al 153-2 Código Penal. Por tanto nos referiremos a los mismos al hablar del elemento de dominación o machismo.

4-1-1-3-Conducta. La problemática del menoscabo psíquico no definido como delito.

La conducta típica consiste en maltratar o golpear sin causar lesión o causar lesión física que no requiera tratamiento médico o quirúrgico, es decir que requiera a lo sumo una primera asistencia facultativa. Básicamente, reproduce el art. 617-1 y 2 Código Penal, a los que eleva a la categoría de delito en función de los sujetos activo y pasivo. Sin embargo, el art. 153-1 Código Penal añade también la causación de menoscabo psíquico no definido como delito (es decir, que no requiera tratamiento médico). Tal inclusión, a pesar de ser poco afortunada porque parece que el legislador presenta dudas de si una lesión psíquica no es lesión, creemos que su intención no fue otra que la de evitar dudas (aunque realmente ya era algo superado) de si la lesión psíquica es o no una auténtica lesión, lo cual si bien no se hace en el artículo 617-1 del Código Penal si se efectúa en el art. 147 del mismo cuerpo legal al referirse a “su integridad corporal o su salud física o mental”. Por tanto, la inclusión del término menoscabo psíquico no plantea mayores problemas que determinar si la lesión requiere o no tratamiento médico a efectos de encuadrarlo dentro del art. 153-1 (lesiones sin tratamiento médico) o 148-4 en relación al 147-1 (lesiones con tratamiento médico), todos ellos del Código Penal. El catálogo de conductas que pueden ocasionar lesión psíquica son múltiples y más variadas que la lesión física tradicional, toda vez que no requiere expresamente este tipo de lesión (un menosprecio o humillación severa puede causar un menoscabo psíquico sin necesidad de dicha agresión física), pudiendo concurrir junto a ésta o de forma independiente.

La conducta requiere necesariamente dolo, no estando prevista la comisión imprudente, si bien cabe la causación mediante dolo eventual²⁸².

4-1-1-4-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo

El art. 153-1 no recoge ni hace mención a la exigencia de que el acto lesivo o maltrato tenga causa en una situación de dominación o machismo del sujeto activo– hombre hacia el sujeto pasivo–mujer o persona especialmente vulnerable. Si aparece expresamente mencionada esa expresión de machismo o dominación en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 y en el art. 1 del Título Preliminar de dicha Ley, que específicamente manifiesta que *“la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. Por tanto, la legislación deja en duda si el elemento de dominación o machismo es un elemento esencial de tipo de injusto, o si únicamente hemos de entender que dicha desigualdad histórica fue uno de los criterios tenidos en cuenta por el legislador, pero una vez legislado, el derecho positivo es de aplicación literal sin que sea exigible ningún otro elemento subjetivo del tipo.

Para parte de la doctrina no cabe apreciar el elemento subjetivo como parte del tipo²⁸³, y en consecuencia no cabe apreciar la degradación a falta ni al art. 153-2 del

²⁸² En este sentido, véase la Sentencia núm. 1267/2011 de 14 noviembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Código Penal, cabiendo únicamente apreciar el tipo atenuado del art. 153-4 del mismo cuerpo legal. Otra parte de la doctrina considera que, partiendo del art. 1 de la Ley 1/2004, no puede aplicarse el art. 153-1 Código Penal cuando no concorra el elemento de dominación o machismo²⁸⁴.

283 En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 510 y 511, manifiesta que "el sistema que se deriva de las modificaciones que la LO 1/2004 introduce en el CP no admite las interpretaciones que exigen un elemento subjetivo de dominación o machismo y debe aplicarse siguiendo las siguientes reglas (MANJÓN-CABEZA OLMEDA): -si se dan los requisitos objetivos y la combinación de sujetos del art. 153.1, debe aplicarse este inevitablemente; - no cabe buscar una correspondiente falta, porque no la hay;- no cabe calificar la conducta del varón conforme al art. 153.2, porque en éste se excluye expresamente la relación autor varón/víctima mujer; - en el supuesto contrario, o sea autora la mujer que agrede levemente a su marido, debe aplicarse el art. 153.2, dado que esta combinación de sujetos si está incluida en el art. 153.2; - la única posibilidad que tiene el Juez para mitigar las penas del apartado 1 del art. 153 y, también, del apartado 2, es apreciar la atenuación del apartado 4." La misma autora, en "La mujer víctima de la violencia de género" en V.V.A.A. *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en *Estudios de derecho penal y criminología*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009, pág. 51 y 52, establecía que "El automatismo de los nuevos tipos más graves de violencia de género, se deriva de que no se exige como requisito para su aplicación, en detrimento de los tipos ordinarios, ningún elemento objetivo o subjetivo del injusto, ni ánimo o móvil especial, por lo que, en principio, se aplicarán siempre que la víctima sea la esposa o compañera y el autor sea su marido o compañero. (...)Por eso se dice que la regulación del Código Penal parte de una presunción iuris et de iure, o sea que no admite prueba en contrario, de que siempre que un hombre agrede a su mujer o compañera lo hace por razón de género, lo que es incompatible con el principio de culpabilidad." En el mismo sentido, Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en "Manual de Derecho Penal Tomo II Parte Especial" Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pág. 59; Requejo Naveros, María Teresa en "La violencia de género en el Código Penal" en V.V.A.A. *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del estado Social*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2010, pág. 325, entiende que estrictamente hablando el art. 153 Código penal prevé que siempre que el hombre agrede a la mujer lo hace porque la discrimina, siendo conveniente que se recurriera en todos los supuestos a la observancia de si concurre o no el elemento subjetivo.

²⁸⁴ En este sentido, Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en "Derecho Penal Parte Especial" 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010, pág. 114, quien manifiesta que "si se interpreta correctamente la Ley, entendemos que no puede ser aplicada en la mayor parte de los supuestos de malos tratos, amenazas o coacciones leves. (...) Este texto (art. 1 de la Ley 1/2004) hay que interpretarlo en el sentido de que la violencia se ejerce por el varón por el mero hecho de considerar a la mujer por su condición de tal y carente de una serie de derechos; cuando no sea así, no podrá aplicarse las modificaciones que se introducen en los

El Ministerio Fiscal²⁸⁵ establece como hechos que no constituyen violencia de género "cuando el comportamiento esté desvinculado de la específica relación sentimental y, en consecuencia no sea predicable el prevalimiento por parte del hombre de la situación de superioridad que pueda proporcionarle dicha relación", aunque, como ya hemos mencionado, el Fiscal califica ateniéndose a la concurrencia de los elementos objetivos del tipo.

La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como la de las Audiencias Provinciales ha ido oscilando entre dos posturas antagónicas; por un lado, parte de la jurisprudencia manifiesta que con independencia de los motivos que hayan llevado al legislador a plasmar en el art. 153-2 Código Penal una penalidad mayor en función de una situación de desigualdad histórica, la aplicación del tipo penal es automática; por otro lado, parte de la jurisprudencia se posiciona en contra del automatismo,

arts. 153, 171 y 172, incluso el supuesto agravado de lesiones del art. 148.4º." Aceptan también el elemento subjetivo de dominación Queralt Jimenez, Joan Josep en "Derecho Penal Español Parte Especial" 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 138 y 139; Josep María Tamarit Sumalla en V.V.A.A. "Comentarios a la Parte especial del Derecho penal" Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 113, 114 y 128. Requejo Naveros, Marisa Teresa en "La violencia sobre hombres y en parejas homosexuales en el Código Penal: su diferencia de trato con la violencia de género" en *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013, pág. 192 y 193, menciona que "luego hay supuestos en los que, agrediendo el varón a la mujer, su conducta no se puede insertar en esa pauta cultural a la que el TC hace referencia, y si ello es así, si hay casos en los que es preciso recurrir a ese elemento subjetivo del injusto para resolver situaciones en las que la ausencia de desigualdad es palmaria, lo más respetuoso con el principio de igualdad sería, entonces, aplicarlo en todos los supuestos. Y aunque es cierto que desde una perspectiva probatoria entrañaría mayores dificultades, ello no es óbice para defender su inclusión en el tipo penal".

²⁸⁵ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

exigiendo la concurrencia del elemento de dominación o machismo, por lo que, en palabras de Fernández Rodríguez y Pérez Ruiz²⁸⁶, la cuestión sigue abierta.

La jurisprudencia a favor de considerar que debe concurrir el elemento de “dominación o machismo”²⁸⁷ se fundamenta en la propia Ley 1/2004 tanto de su Exposición de Motivos como del art. 1-1 anteriormente reproducido, de manera que *“comenzando por el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el mismo despliega todos y cada uno de sus efectos a lo largo del proceso penal, siendo consustancial al mismo que quién sostenga la acusación acredite la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal de manera que, si la agravación punitiva prevista en el apartado 1º del art. 153 del CP se sustenta, como se ha dicho, en una situación de prevalencia del hombre sobre la mujer, no solo cabe sino que necesariamente debe probarse en el caso concreto esa situación de prevalencia puesto*

²⁸⁶ Fernández Rodríguez, María Esperanza y Pérez Ruiz, María en “La ley integral de medidas contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 283 y ss., concluyen la no solución jurisprudencial del problema tras analizar las diferentes posturas del tribunal Supremo y la ambigüedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

²⁸⁷ Para la sentencia núm. 72/2011 de 25 de Julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia “Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.” La sentencia nº 40/2006 de 30 de Enero de la Sección nº 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona, establece que “ahora bien, eso no quiere decir que **proceda la inaplicación del artículo 153 del Código Penal cuando la situación de abuso de poder, desigualdad y dominación entre autor y víctima no sea demostrada por las acusaciones, sino que la misma se presupone cuando la acción típica tiene lugar entre ambos sujetos activo y pasivo** respectivamente, **siendo posible excluir la aplicación de este tipo penal, y acudir en consecuencia a la falta ordinaria de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal únicamente en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras**, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato, agresiones, coacciones, insultos o amenazas mutuos entre los dos sujetos, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación, trasladando la conducta de las previsiones específicas de esta ley de protección integral a las reglas generales.”

que de lo contrario el legislador estará estableciendo una presunción iure et iure en contra del reo que sería manifiestamente contraria al citado derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ni siquiera esa situación de prevalencia se puede configurar como iuris tantum, en cuanto de igual manera se vulneraría ese derecho fundamental, ya que lo que resulta esencial al mismo es que se presume, salvo prueba en contrario, que el acusado no ha realizado la conducta que se le imputa o que la que ha realizado no se ajusta al tipo penal, debiendo quién sostenga lo contrario acreditarlo, y no a la inversa. Dicho de otro modo, siendo cierto que histórica, social y culturalmente se han dado situaciones de prevalencia del hombre sobre la mujer, en la actualidad, en un Estado democrático y social como el español, con un recorrido constitucional que alcanza más de 25 años, y con un catálogo de derechos fundamentales de obligada tutela para los Tribunales a tenor del art. 53.1 inciso primero de la CE y art. 5.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , no es admisible que sin más, a la hora de someter a juicio a cualquier ciudadano sobre la aplicación de un precepto que establece una agravación de la pena en razón a su sexo y a una situación de prevalencia derivada del mismo, no quepa discutir en ese marco procesal si aquella se da o no de forma efectiva²⁸⁸”.

La jurisprudencia en contra que niega que deba concurrir el elemento de dominación o machismo²⁸⁹, se fundamenta en que vulneraría el principio de

²⁸⁸ Sentencia núm. 76/2007 de 9 febrero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

²⁸⁹ Según la sentencia núm. 214/2011 de 29 de Septiembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, “Pues bien, es preciso señalar que en numerosas resoluciones esta Sala se ha pronunciado sobre los elementos exigidos por el artículo 153 del Código Penal . Concretamente, en reciente Sentencia, de fecha 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 253268) , se recogía lo ya expuesto en Sentencias de 17 de agosto de 2010 (JUR 2011, 253901) , 10 de junio de 2010 , 30 de abril de 2009 (JUR 2009, 283540) y 15 de febrero de 2008 (JUR 2008, 166871) ; en el siguiente sentido; "que el art 153.1 del Código Penal no incluye

legalidad, puesto que ese requisito no se podría exigir en el art. 153-2 Código Penal, con lo que conllevaría al absurdo de que se podría acabar penando como falta el hombre que golpea a la mujer cuando no hay prevalimiento, y penar como delito dos hermanos que se pegan una bofetada.

Podemos criticar dicho fundamento, puesto que el elemento de dominación y perturbación de la paz familiar es común a todos los delitos de violencia en el ámbito

entre los elementos del tipo la necesidad de que la agresión del hombre a la mujer que es ó haya sido su pareja sea producto de una "superioridad fruto de la violencia machista" de aquél sobre ésta. Al igual que tampoco lo hace el art 153.2 CP cuando el agresor es la mujer u otro miembro del núcleo familiar. **Y es que el bien jurídico protegido en el tipo es no sólo la integridad física, psíquica, sexual y moral de la mujer, sino también la paz familiar,** como ocurre en el apartado segundo, esto es, el respeto que cada miembro de la pareja merece en su conjunto y de forma individualizada como parte de la misma, por lo que toda agresión merece un plus de punición que únicamente se colmaría con la pena que conlleva la calificación del hecho como delito y no la escasa penalidad de los hechos si merecieran la consideración de falta. Todas las agresiones entre los miembros de la familia relacionados en el tipo del art 153 CP merecen un mayor reproche penal para el legislador, precisamente por atentar contra la paz familiar, limitándose el art 153.1 CP a establecer una mayor pena cuando es la mujer, que es ó haya sido pareja del agresor, la víctima. Es relevante tomar en consideración este extremo, pues acudir a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género deja de tener sentido al interpretar el art 153.2 CP, cuya redacción se mantiene básicamente desde la LO 11/2003, de 29 de septiembre (RCL 2003, 2332) , sin que hasta ahora se haya planteado ningún problema a la hora de su estricta aplicación, a pesar de considerar delito las agresiones entre los miembros de la familia que, de no serlo, serían constitutivas de falta. Y en este **sentido no resulta lógico que se castigue como falta la agresión del marido a la mujer por considerar que no es "fruto de la violencia machista" y como delito la agresión del hijo a la madre, por ejemplo, tal y como se ha venido haciendo reiteradamente hasta ahora sin acudir a ninguna norma fuera del Código Penal para interpretar el citado art 153. 2 CP, como, por otro lado, exige el principio de legalidad penal (art 25 CE (RCL 1978, 2836)).** Ciertamente es que los órganos jurisdiccionales podemos y debemos realizar una interpretación de la normativa a aplicar, mas ello no implica ir más allá de esa labor de interpretación y apreciar elementos de los tipos que no han sido recogidos en la norma penal.” En el mismo sentido se pronuncia el voto particular de La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009 (Pte. Marchena Gómez), que establecía que “al redactar el precepto comentado, el legislador, por las razones que sean, no ha trasladado esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión, no definida como delito en el Código penal para que adquiriera esta consideración delictiva, cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, que es el caso enjuiciado. Que aquí se ha causado una lesión de esas características, está fuera de toda duda, porque la sentencia recurrida precisamente condena al acusado como autor de una falta definida en el art. 617.1 del Código penal.”

familiar, y por tanto, sí es exigible a todos y no solo al agresor-marido o pareja, y única y exclusivamente es inherente al agresor-marido en virtud de la propia Ley 1/2004 el elemento de “machismo o superioridad sobre la mujer”, que fundamenta la mayor penalidad cuando son éstos los sujetos activo y pasivo.

Por ello, a nuestro modo de ver, y partiendo de las premisas en cuanto al bien jurídico ya expuestas, es necesario la concurrencia del elemento subjetivo no tanto de dominación o de machismo, sino de sometimiento con ánimo de perturbar el normal desenvolvimiento familiar o “paz familiar”, de la que los primeros no son sino una forma más de perturbación. Asimismo hemos de mencionar que no es lo mismo ni están siempre unidas en el contexto en que nos desenvolvemos “dominación” y “machismo”, sino que ambas forman parte, en dicho contexto de la familia, de las diferentes formas de atacar y lesionar los intereses y derechos inherentes a la misma y esenciales para su subsistencia y normal desenvolvimiento así como el de la totalidad de los individuos que la componen. De hecho, dentro del art. 153-1 Código Penal se equipara la violencia ejercida contra persona especialmente vulnerable a la ejercida por el esposo contra la mujer, de manera que en el primero el elemento de desigualdad se concreta únicamente en la posición de dominación derivada de la situación de especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, mientras que respecto del ámbito conyugal la situación de desigualdad se concreta tanto en la posición de machismo como en la de dominación.

Además, hay que tener en cuenta que los conceptos de dominación y machismo no solo pueden traer causa del art. 153-1 Código Penal, sino también del apartado 2 del mismo artículo, de manera que el machismo puede ir referido a las hijas e incluso

hijos menores, como ya hemos visto al hablar de los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar, y la dominación puede devenir de cualquiera de los miembros familiares, y sin restar importancia a la que supone el sometimiento de la esposa, existen otros múltiples ejemplos de sometimiento con relevancia no solo cualitativa sino cuantitativa, como por ejemplo la de los hijos drogodependientes respecto de los padres y otros miembros del núcleo familiar.

También avala la existencia del elemento subjetivo la redacción del apartado 87 ter 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁹⁰ en cuanto a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando le permite inadmitir la pretensión si los actos no constituyen una expresión de violencia de género. Toda vez que el artículo hace referencia a los actos, y no a los sujetos, parece entender y puede interpretarse en todo caso, que aunque los sujetos sean los enunciados en el tipo penal, cabe que la conducta no sea considerada como Violencia de Género, y por tanto no sea competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

Finalmente, y una vez aceptada la tesis de que es necesario la concurrencia de ese elemento del tipo de injusto consistente en el elemento de dominación o machismo, o de perturbación de la paz familiar, es necesario determinar si cuando dicho elemento no concurre, la degradación es hacia la figura de falta del art. 617-1 o 2, o lo es hacia el art. 153-2, todos ellos del Código Penal. La jurisprudencia mayoritaria entre la que acoge la necesidad de concurrencia del elemento de dominación,

²⁹⁰ “Artículo 87 ter (...) 4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.”

establece la degradación a falta²⁹¹, partiendo además de que generalmente la degradación se produce en el ámbito de la agresión mutua dentro de la pareja, en la consideración que en dicha agresión no existe dominación por parte de ninguno de los cónyuges, degradando no solo el tipo penal del art. 153-1 Código Penal (hombre a esposa), sino la del apartado 2 del mismo artículo²⁹².

Para una parte minoritaria de la jurisprudencia, la degradación a falta no es automática²⁹³, sino que habrá de establecerse si una vez desaparecido el elemento de dominación o machismo, la relación entre sujeto activo y pasivo puede reconducirse al art. 153-2 Código Penal, y solo en defecto de la exclusión también de éste, se

²⁹¹ Por ejemplo, la sentencia núm. 351/2012 de 26 septiembre de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, o la sentencia núm. 953/2011 de 21 noviembre de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual establece que “el motivo debe ser estimado, siguiendo el reiterado criterio de esta Sección confirmado por las ss. TS de fechas 8-6-09 (RJ 2010, 979) y 24-11-09 (RJ 2010, 124), al no acreditarse la existencia de una situación de dominación del hombre sobre la mujer como origen del forcejeo en el que ambos se enzarzaron voluntariamente (a sensu contrario en la s. TS de 25-1-08 (RJ 2008, 1563) se calificó el hecho como delito, aun cuando existió intercambio de golpes, porque quedó acreditado una situación de dominación del hombre sobre la mujer).”

²⁹² Ello parte de la consideración del art. 153-1 Código Penal como un delito especial impropio respecto del art. 153-2 del mismo cuerpo legal, siendo además ambos delitos especiales impropios respecto de la falta del art. 617-1 y 2 Código Penal.

²⁹³ Por ejemplo, sentencia núm. 384/2010 de 1 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que establece que “podría plantearse la cuestión relativa a que en los casos de ausencia de discriminación **no cabría una inmediata degradación a falta, obviando la existencia de un tipo más amplio (el del artículo 153.2**, dirigido a todos los sujetos descritos en el artículo 173.2 y no sólo a las mujeres; y que por tanto recoge también a éstas cuando no sean objeto de una tutela específica -la del 153.1- mientras se mantengan las circunstancias que justifican su inclusión en el ámbito de especial tutela de los artículos 173.2 y 153.2 del Código penal, que no se explican desde la discriminación hacia la mujer sino desde especial la tutela del ámbito familiar), precepto de recogida que califica los hechos como delito. Ahora bien, para aplicar ese precepto de recogida sería menester, en todo caso, que quedara constatado también, excluida la discriminación hacia la mujer (153.1), que la conducta reprochada entrara en el ámbito doméstico de especial tutela materializado en las conductas típicas por quien siendo miembro del grupo familiar o asimilado coloca al otro en una situación de miembro débil dentro de la relación entre ambos. Si no se demuestra esa situación deviene inexorable la aplicación de la falta.”

degradaría a la falta del art. 617-1 o 2 del mismo cuerpo legal. A nuestro modo de entender, y partiendo de las premisas anteriormente expuestas, la no concurrencia del elemento de dominación, machismo, o cualquier otra forma de manifestación de perturbación de la “paz familiar” (bajo nuestra concepción expuesta), conlleva automáticamente la degradación a falta, al no existir una lesión del bien jurídico efectivamente protegido en el tipo penal.

4-1-1-5- Participación

Partiendo de la consideración de que nos encontramos ante un delito especial impropio²⁹⁴, cuyos delito y falta de referencia son el art. 153-2 y 617-1 y/o 2, todos del Código Penal, no se plantean especiales problemas de participación, debiendo acudir a las normas generales al respecto. Cuando el hombre-esposo sea el partícipe, responderá del delito o falta cometido por el sujeto activo, con la agravante de parentesco y/o discriminación por razón de sexo en su caso.

4-1-1-6-Consentimiento; problemática de las relaciones sexuales sadomasoquistas

En cuanto al consentimiento en las lesiones, el mismo está regulado de forma general en el art. 155²⁹⁵ Código Penal, donde el consentimiento se prevé como una

²⁹⁴ En el mismo sentido, Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 424 y 425, o González Rus, Juan José en “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid 2005, pág. 488.

²⁹⁵ “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o incapaz.”

atenuante en cuanto de los respectivos tipos de lesiones²⁹⁶, no encontrando fundamento alguno para la rebaja de la pena en uno o dos grados toda vez que el consentimiento tiene su fundamento en la disponibilidad del bien jurídico por parte de su titular, y por tanto, o el Derecho niega la eficacia del consentimiento manteniendo la indisponibilidad del mismo, o bien acepta la eficacia del consentimiento como causa de exención de la responsabilidad, bien como causa de atipicidad o bien como causa de justificación²⁹⁷, pero es difícilmente justificable está “relevancia a medias” a la que juega la regulación efectuada en este artículo, más allá de un menor reproche penal por la concurrencia de la aceptación del sujeto pasivo de la acción lesiva²⁹⁸.

²⁹⁶ Para Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 250 y 251 “la previsión del art. 155 CP es aplicable exclusivamente a las lesiones de los artículos 149 y 150 CP, por lo tanto, el consentimiento tendría la consecuencia de eximir de responsabilidad criminal, además de en las faltas, en el caso del art. 147 CP”, no haciendo referencia al art. 148 y al 153, y no especificando por tanto si los mismos entraría o no dentro del ámbito de aplicación del art. 155, y si bien respecto al art. 153-1 podría entenderse que compartirían los mismos fundamentos para entender que debe eximirse de responsabilidad penal, no así en cuanto al 148, dada la penalidad de éste.

²⁹⁷ En este sentido, respecto a la doble consideración del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o como causa de justificación, Gómez Pavón, Pilar en “Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil”, Editorial Bosch 3ª Edición, Barcelona 2013, pág. 27, manifiesta que “en nuestro ordenamiento y en base a lo dicho hasta ahora, el <consentimiento> puede operar de dos maneras, dependiendo de la configuración de los tipos de la parte especial. Cuando aquel del que se trate en concreto, no pueda cometerse sin el consentimiento del titular o, su ausencia actúe como un especial elemento negativo, se eliminará la tipicidad. Actuará, por tanto, como causa de atipicidad, cuando el objeto de protección sea, inmediatamente, la voluntad de conservación del mismo por parte del titular, lesionando el hecho el ámbito de autodomínio sobre el mismo. Actuará como causa de justificación, cuando a pesar del consentimiento, subsista la lesión del sustrato material del bien jurídico. En estos casos el hecho se permite, aunque sigue siendo típico.”²⁹⁷ También distingue la doble naturaleza del consentimiento como causa de atipicidad o como causa de justificación Bustos Rubio, Miguel en “Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil”, Editorial Bosch 3ª Edición, Barcelona 2013, pág. 284 y ss.

²⁹⁸ En este sentido, Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en “Derecho Penal Parte especial” 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 147 y ss.

Pero, con independencia de la consideración dogmática que nos merezca la regulación del art. 155 Código Penal, su existencia nos lleva a que nos encontramos ante una vía cerrada por cuanto la concurrencia del consentimiento respecto a los delitos de lesiones con los requisitos legalmente establecidos conlleva no la exención de pena, sino la rebaja de la misma en uno o dos grados. Sin embargo, en relación del art. 153-1 del Código Penal, partiendo de lo expuesto hasta el momento sobre el bien jurídico, cuando medie consentimiento válido de la víctima, habremos de estar a si con las lesiones se está o no lesionando el bien jurídico familia además de la salud e integridad física, y solo en este último supuesto estaremos ante un delito de maltrato o violencia ocasional contra la esposa o persona especialmente vulnerable (que no sea menor o incapaz).

Obviamente, cuando se otorga el consentimiento por parte del sujeto pasivo, no concurre elemento de dominación o de machismo, toda vez que si el consentimiento fuera producto de la dominación sufrida por el sujeto pasivo, dicho consentimiento estaría viciado y no tendría validez jurídica. Por tanto, debe concurrir el elemento de perturbación de la paz familiar, la cual solo quedará lesionada cuando afecte a terceras personas diferentes al sujeto pasivo (por ejemplo, menores presenciales), de manera que el *modus operandi* conlleve tal grado de humillación o violencia que afecte ostensiblemente y gravemente a dicho bien jurídico²⁹⁹, impidiendo el normal desenvolvimiento familiar. En los restantes supuestos, los hechos solo podrían pensarse como faltas del art. 617-1 Código Penal.

²⁹⁹ Hay que tener en cuenta que la gravedad de los hechos a efectos de afectación del bien jurídico familia no puede colegirse del resultado lesivo, ya que por el propio tipo penal, este no existe (maltrato) o es leve (lesiones sin tratamiento médico).

Pero la mayor problemática que podemos encontrarnos con el consentimiento en el ámbito del art. 153-1 Código Penal, es el de las relaciones sexuales sadomasoquistas, cuando es la mujer la que asume la posición de masoca, y el hombre la de sádico. Desde el punto de vista de las relaciones sadomasoquistas, el consentimiento adquiere una nueva dimensión, puesto que forma parte esencial de la propia existencia de la pareja como tal pareja y de la naturaleza de las relaciones y vínculos establecidos entre ambos cónyuges. Tomando como punto de partida que las relaciones sexuales forman uno de los pilares esenciales para la existencia de una relación de pareja con proyección de futuro y por supuesto, del matrimonio, y por tanto, lo son también de la estructura familiar. Cuando la relación sexual, de forma libre y consentida, tiene su base en el ejercicio del maltrato o la violencia, ¿estamos integrando los tipos del art. 153-1 y en su caso del art. 173-2, ambos del Código Penal?

Hay que tener en cuenta, a priori, que aquí sí concurre el elemento subjetivo de dominación y machismo, toda vez que es inherente a la propia relación sadomasoquista, por cuanto el sádico obtiene el placer precisamente de la dominación ejercida y de los actos de crueldad que dicha dominación le permite, mientras que la mujer masoca obtiene su placer por verse humillada y/o sometida a actos de maltrato o violencia. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se lesiona el bien jurídico familia, por cuanto de hecho la propia existencia de la familia requiere de la existencia de la pareja, la cual requiere a su vez del ejercicio de las relaciones sexuales satisfactorias para ambas partes. Si la satisfacción sexual de los cónyuges requiere del uso de actos de maltrato o violencia en sus relaciones, dichos actos forman parte del normal modo de relacionarse en dicho ámbito concreto de los cónyuges y por tanto, son

indispensables para el libre desarrollo de la personalidad de éstos en los aspectos más íntimos y privados de su propio ser individualmente considerados, y de su integración en la pareja como manifestación de dicha personalidad asumiendo el rol que les proporciona un mayor placer o con el que se sienten más identificados. Por tanto, no sería de aplicación el art. 153-1, debiendo acudirse en todo caso al art. 617-1 o 2, todos ellos del Código Penal, donde sería aplicable el criterio de insignificancia³⁰⁰ y quedando fuera del ámbito de aplicación de la norma.

Todo ello sin perjuicio de que en defecto de todo lo anterior, pudiera aplicarse el estado de necesidad del art. 20-5 Código Penal³⁰¹, por cuanto nos encontramos ante bienes jurídicos contrapuestos, como son la salud e integridad física por un lado, y la libertad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la familia por otro, los cuales están en conflicto, toda vez que la necesidad de satisfacción sexual, de desarrollarse libremente en el marco de la pareja, y de subsistencia de la propia pareja como tal, y por tanto de la familia, requieren de la realización de los actos de violencia o maltrato en el concreto marco de las relaciones sexuales.

Finalmente, los excesos en la violencia ejercida y que tendrán como punto de partida los límites libremente aceptados por la pareja, y especialmente, dentro del marco de aceptación de la mujer masoca, habrán de sujetarse a las reglas generales de

³⁰⁰ Habla del criterio de insignificancia Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 250.

³⁰¹ "El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse."

la teoría jurídica del delito, y especialmente, en lo concerniente al error de tipo, o en su caso, de prohibición.

4-1-1-7- Alcoholismo del sujeto activo: los intentos de convertir una eximente/atenuante en una agravante

Sigue siendo de aplicación como eximente o atenuante el hecho de actuar bajo los efectos del alcohol del art. 20-2³⁰² Código Penal, pese a los intentos afortunadamente infructuosos de no solo excluir el ámbito de aplicación de la eximente/atenuante, sino de transformarla en una agravante respecto a los delitos de violencia en el ámbito familiar³⁰³. Tras la tramitación en el Congreso de los Diputados de dicha propuesta, la misma fue desestimada a solicitud del Partido Popular y Convergencia i Unió. De esta manera sigue quedando a expensas de la prueba practicada en el plenario la apreciación de la embriaguez como causa de justificación o como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que cabe su

³⁰² “Están exentos de responsabilidad criminal: (...)2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”

³⁰³ A estos efectos, el Informe de la Subcomisión de Violencia de Género del Congreso de los Diputados planteó en 2009 que los delitos de violencia de género se equipararan a los delitos contra la seguridad vial, de manera que el alcohol dejara de ser una atenuante y tuviera la consideración de agravante. El Congreso finalmente desechó la propuesta, planteándose entonces que al menos no pudiera apreciarse como eximente/atenuante, propuesta que tampoco ha prosperado. Tal propuesta carecía de cualquier fundamento dogmático sobre el que pudiera sostenerse que desde una presunción iuris et de iure todo sujeto activo que cometa un delito de violencia en el ámbito familiar con sus capacidades cognitivas y/o volitivas afectadas por la ingesta de alcohol o sustancias tóxicas, es merecedor de un mayor reproche penal y representa una mayor peligrosidad, presunción que no se mantiene en delitos más graves como homicidios o agresiones sexuales.

aplicación³⁰⁴ una vez acreditada la ingesta de alcohol o sustancias tóxicas o estupefacientes y la afectación producida en las capacidades cognitivas y/o volitivas del sujeto pasivo³⁰⁵, siempre y cuando la misma no haya sido efectuada de propósito para la realización del delito³⁰⁶.

4-1-1-8- Penalidad

A diferencia de la pena que se prevé en los arts. 148-4 y 5, 171-4 y 5 y 172-2, todos ellos del Código Penal, la mayor penalidad por el hecho de ser mujer o persona especialmente vulnerable solo queda reflejado en el límite inferior de la pena de prisión, que de los 3 meses previstos para el resto de sujetos, aquí pasa a 6 meses de prisión, manteniéndose el límite máximo de un año, no produciéndose además la variación de pena respecto a los trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 80 días) y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (de 1 año y 1 día a 3 años). Si varía el límite máximo en cuanto a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que pasa de 3 años a 5 años. No podemos encontrar justificación alguna para tal disparidad de criterios a la hora de fijar las penas. Es obviamente inexplicable que el legislador³⁰⁷, si entiende que

³⁰⁴ Por ejemplo, sentencias núm. 1319/2010 de 13 septiembre y núm. 1226/2010 de 26 julio de la Sección nº 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

³⁰⁵ Por ejemplo, Sentencia núm. 456/2012 de 21 mayo de la Sección nº 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid o sentencia núm. 430/2012 de 24 mayo de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

³⁰⁶ Será necesario hacer referencia a la *actio libera in causa*, si bien nos referiremos a la misma dentro de los delitos de violencia habitual del art. 173-2 Código Penal, toda vez que la apreciación de ésta tiene mayor relevancia en dicho ámbito de aplicación. El art. 153-1 Código Penal es un delito de violencia ocasional, en la que es más frecuente que el acto lesivo sea producto de una ingesta de alcohol u otras sustancias sin que dicha ingesta sea buscada de propósito para agredir a la esposa o persona especialmente vulnerable.

³⁰⁷ Tampoco encuentra justificación para que se mantenga la misma penalidad en cuanto a los trabajos en beneficio de la comunidad para los apartados 1 y 2 del presente artículo Requejo Naveros, María Teresa en "La violencia de género en el Código Penal" en V.V.A.A.

la conducta del art. 153-1 es más grave que la del 153-2, ambos del Código Penal, por qué en dos de las penas previstas no existen variaciones entre uno y otro apartado, por qué respecto de otra pena, la más gravosa a priori por cuanto supone privación de libertad, se agrava únicamente el límite inferior, y por qué respecto de la cuarta se aumenta el límite superior.

Si bien es cierto que atendiendo a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar de la LO 1/2004 el legislador parece justificar que existen razones criminológicas que justifican la mayor penalidad cuando la víctima es una mujer y el sujeto agresor su marido o compañero sentimental, o lo ha sido (justificación que no aparece respecto de las personas especialmente vulnerables) atendiendo a una doble victimización del sujeto pasivo, por su condición de persona receptora del acto concreto y como integrante de un género (femenino) que ha sido tradicional e históricamente dominado por el hombre y ante el que se encuentra en situación de desigualdad; también es cierto que tal motivo no justifica la mayor penalidad de las personas especialmente vulnerables (teniendo en cuenta que siempre cabe la aplicación de las agravantes específicas de alevosía, abuso de superioridad y por razón de incapacidad o enfermedad del art. 22-1, 2 y 4 del Código penal, respectivamente), y sobre todo el por qué solo supone el agravamiento de determinadas penas y no de todas, y además de forma diferente. ¿Concurre algún condicionante político-criminal que aconseje aumentar el límite mínimo de la pena de prisión de 3 a 6 meses, pero no la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 30 días? Y asimismo, ¿qué condicionantes se han tenido en cuenta para considerar que el agravante de género

(en su concepción mantenida por el legislador) respecto al tipo de lesiones sin tratamiento merece únicamente un agravamiento del límite inferior, cuando en las lesiones con tratamiento médico o quirúrgico conlleva pasar de un marco penal de 1 a 3 años de prisión a otro marco de 2 a 5 años de prisión (no previendo sin embargo la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, a pesar de la mayor gravedad de la conducta), o en el caso de las amenazas y coacciones leves, pasar de una falta con pena prevista de 4 a 8 días de localización permanente a un delito con una pena de 6 meses a 1 año de prisión, y sin embargo, en la violencia habitual (también en el homicidio, asesinato o delitos contra la libertad sexual) no se tiene en cuenta la concurrencia del género?

A nuestro entender, nos encontramos nuevamente con una nefasta y poco coherente legislación, que confunde al jurista sin convencerle de las supuestas bondades de la nueva Ley 1/2004, que parece haber legislado a base de parches que no corresponden a criterios claros criminológicos en función de la gravedad de la conducta, de la peligrosidad social, del riesgo hacia las víctimas o de la propia finalidad de erradicación de la violencia de género y/o en el ámbito familiar.

Mayores problemas plantea a niveles prácticos la obligatoriedad de la pena de alejamiento prevista en el art. 57-2³⁰⁸ en relación al art. 48-2³⁰⁹, ambos del Código

³⁰⁸ “En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centro públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado

Penal. La consideración por parte del legislador de que todo acto de maltrato o lesión contra la mujer por parte de su esposo o pareja sentimental conlleve obligatoriamente la imposición como pena de la prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio y su lugar de trabajo o cualquier otro lugar que ésta frecuente, sin ni siquiera facultar al Juzgado o Tribunal a que valore la necesidad o no de imponerlo, a la vista de los actos cometidos y escuchando previamente a la víctimas, está suponiendo en la práctica diaria una triple victimización de la víctima³¹⁰, a la que también se le está imponiendo, aún en contra de su voluntad, la pena del delito y las consecuencias sociales, familiares y económicas que esta conlleva, lo que supone su punición. La víctima es incluso separada del hombre al que ama, e incluso, arrancada del núcleo familiar³¹¹, todo ello por un hecho ocasional que en otros ámbitos es considerado leve, y que en multitud de ocasiones ni siquiera ha atentado contra el bien jurídico “paz familiar” (en la concepción mantenida jurisprudencialmente o por esta parte). Por un empujón del esposo a la esposa motivado por quien coge el mando de la televisión podemos encontrarnos con que la víctima tenga que abandonar su vivienda habitual, y

2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.”

³⁰⁹ “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”

³¹⁰ Triple victimización, por cuanto hablamos de la victimización primaria en cuanto al hecho cometido, de victimización secundaria por el tratamiento de la misma durante la judicialización de los hechos, y de victimización terciario en cuanto a las consecuencias post-procesales.

³¹¹ Por ejemplo, supuesto en que el domicilio es privativo del marido, el cual tiene hijos anteriores menores de edad, y que por tanto, se queda en la vivienda y es la mujer la que tiene que abandonar la misma.

hasta perder la guarda y custodia de los hijos comunes o sus medios de subsistencia, y hasta es más, pensemos en personas especialmente vulnerables por razón de edad (hijos menores o ancianos) o de enfermedad, en los que el sujeto activo es además el cuidador –en muchas ocasiones único posibilitado para proporcionar los cuidados–, y en los que la imposición de la pena supone privar a la víctima de la persona que les atiende, satisface sus necesidades, procura protección y hasta educación, por un hecho que puede ser trivial como un cachete o un empujón. La aplicación automática del art. 153-1 Código Penal con la concurrencia de los elementos objetivos, y la expresión “en todo caso” del art. 57-2 del mismo cuerpo legal, impedirían cualquier vía para la no aplicación de dicha pena, la cual quedaría al arbitrio de la posible concesión de un indulto³¹². Solo desde la jurisprudencia minoritaria que exige el elemento subjetivo de dominación se permite al juzgador degradar el hecho a falta y no aplicar la pena de alejamiento, evitando así el quebranto de la unidad familiar.

Pero es que incluso, aún cuando consideremos que el hecho, que no olvidemos es ocasional y por tanto aislado, lleva ese elemento de dominación o machismo, o perturbación de algún modo de la familia, no podemos entender siempre que ese hecho es lo suficientemente grave como para justificar que se deba arrancar y separar forzosamente al sujeto activo del sujeto pasivo y otras víctimas, ya que puede tratarse

³¹² A estos efectos, la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado dice que “teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección”.

de hechos que por su naturaleza requieran de otro tipo de medidas³¹³ o que no revistan aún así especial gravedad.

La obligatoria imposición de la pena de alejamiento niega asimismo la posibilidad de la mediación y de actos de conciliación que permita la reestructuración familiar dentro de un mejor marco de convivencia, entendimiento y respeto, infringiendo la pena por tanto el fin preventivo especial positivo relativo a la resocialización del penado³¹⁴ e impidiendo la reparación del daño causado contemplada en los artículos 109 y ss. del Código Penal respecto de las víctimas familiares.

Asimismo, la obligatoriedad de la imposición de la pena de alejamiento conlleva que las mujeres, ante la gravedad de las medidas, se echen para atrás a la hora de denunciar o declarar³¹⁵, lo que conlleva a su vez la falta de prueba y por tanto la absolución o sobreseimiento de la causa, con lo que permite que el hecho ocasional

³¹³ Por ejemplo, el hombre que una vez ha pegado un bofetón a su mujer por que considera inadecuada la ropa provocativa que la misma lleva supone un acto de violencia dentro de un marco de dominación y machismo, pero la consecuencia jurídica más adecuada podría estar en medios de re-educación del sujeto activo (asistencia a cursos, tratamientos sociales y psicológicos, etc...) y no en la separación forzosa del hombre respecto de la familia, la cual también sufre las consecuencias negativas de la separación (precariedad económica, desafectación de los menores, etc...).

³¹⁴ A efectos de fundamento y fines de la pena, véase Gracia Martín, Luis en V.V.A.A. "Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español", Coord. Luis Gracia Martín, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pág. 55 y ss. Para una visión más profunda, consúltase García-Pablos de Molina, Antonio en "Tratado de Criminología", Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 979 a 1159.

³¹⁵ En el mismo sentido Fernández Pérez, Pilar en "Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo" en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 138.

se perpetúe y se convierta en habitual. En este sentido, Cuadros³¹⁶ manifiesta respecto a la tendencia a no denunciar que “otra explicación que manifestaron los entrevistados fue la del temor a romper los vínculos familiares, como consecuencia de las separaciones forzosas que impone el sistema penal, por ejemplo. De ahí las retractaciones a las denuncias ya formuladas que se producen en la violencia contra la pareja o los menores”.

También se plantearon dudas sobre la constitucionalidad del art. 57-2 Código Penal en cuanto a la imposición obligatoria, que han sido resueltos por el Tribunal Constitucional³¹⁷ en idéntico sentido que la cuestión de constitucionalidad del art. 153-1 del mismo Código, de la que hablaremos en el apartado 4-1-1-10. El planteamiento de la inconstitucionalidad, como expone Manjón-Cabeza³¹⁸, se hace en base a “cuatro bloques argumentales:

1. Infracción del principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE).
2. Lesión del derecho a la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE).
3. Vulneración del principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE), pues la pena puede ser innecesaria, inidónea y no permite al Juez determinarla en función de las circunstancias del hecho.
4. Infracción de la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE) y vulneración del art. 18.1, en relación con los arts.

³¹⁶ Cuadros, Diana en “La violencia intrafamiliar vista por los expertos” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010, pág. 365.

³¹⁷ Sentencia 60/2010, de 7 de octubre de 2010 del Tribunal Constitucional.

³¹⁸ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial la Ley, Madrid 2011, pág. 240.

10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar.”

El Tribunal Constitucional desestima la inconstitucionalidad en base a las siguientes afirmaciones:

-Los efectos externos de la pena no son consecuencia del ejercicio del *Ius Puniendi*, quedando en consecuencia fuera del principio de personalidad de la pena.

-no existe indefensión por cuanto la víctima puede ser parte en el proceso, y tiene derecho a un proceso con todas las garantías.

-en cuanto al principio de proporcionalidad se remite a su propia doctrina, estableciendo que el art. 57-2 Código penal es idóneo para la persecución de los fines legítimos que tiene asignada como norma, y considera la necesidad de la norma por cuanto aunque el alejamiento potestativo sería menos restrictivo que el obligatorio, éste último es más eficaz para la tutela de los bienes jurídicos protegidos.

-en cuanto a la libertad de elegir residencia y circular libremente y vulneración del art. 18.1 Constitución, la desestimación se basa en que éste artículo no consagra un derecho a la vida familiar y a que los efectos de la prohibición de aproximación obligatoria tiene efectos diversos sobre los hijos del condenado, siendo solo obligatoria respecto de éstos cuando son las víctimas.

Manjón-Cabeza³¹⁹ refuta con gran acierto los planteamientos del Tribunal Constitucional, los cuales compartimos plenamente, manifestando lo siguiente:

³¹⁹ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial la Ley, Madrid 2011, pág. 241 a 250.

-en cuanto a la personalidad, el Tribunal Constitucional no hace referencia al fondo del asunto, cual es la obligatoriedad y automatismo en la aplicación del art. 57-2 Código Penal.

-en cuanto a la indefensión, manifiesta la autora que el derecho a ser oída en el proceso no obvia la imposibilidad de que el Juez no imponga la medida por su deseo contrario a la misma.

-en cuanto al principio de proporcionalidad y derecho a la intimidad familiar, libertad de residencia y circulación y libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal no da respuesta a qué ocurre en los casos en “que no se requiere la protección (la quiera o no la víctima) por no existir riesgo de reiteración” (en cuanto a la inidoneidad de la pena que no trata de evitar la reiteración delictiva cuando no hay riesgo de la misma, y en cuanto a la innecesariedad de la norma cuando no hay dicho riesgo de reiteración).

-en cuanto a la vulneración del art. 18.1 y la libertad de elegir residencia y circular libremente, nuevamente el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el fondo del asunto: “automatismo e inevitabilidad en los casos en los que la separación no aparece indicada”.

Asimismo, el art. 57-2 Código Penal fue llevado al Tribunal de Justicia Europeo³²⁰, quien se pronunció en su fallo avalando la adecuación del artículo a la normativa europea en el siguiente sentido;

“Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben

³²⁰ Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia Europeo, de 15 de Septiembre de 2012, Decisión marco 2001/220/JAI.

interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida”.

Las argumentaciones fundamentales se dan en los fundamentos 64 y 65 de la sentencia, y que se resumen en que “las medidas de protección de orden preventivo y práctico, como las establecidas en los apartados 2 a 4 del citado artículo 8, están dirigidas a garantizar que la víctima pueda participar en el proceso penal de un modo adecuado sin que dicha participación se vea comprometida por riesgos que afecten a su seguridad y su vida privada”, aunque no por ello “implica ninguna obligación para los Estados miembros de incluir en su Derecho nacional penal disposiciones que permitan a la víctima influir sobre las penas que el juez nacional puede imponer al autor de la infracción”. Argumentos que no compartimos, que suponen una decepción más para gran parte de la doctrina y la jurisprudencia tras las sucesivas resoluciones del Tribunal Constitucional que analizaremos más detenidamente, y que al final, nada manifiestan sobre si cabe imponerse de forma obligatoria la pena de alejamiento aún sin existir voluntad de la víctima, sin constar una situación objetiva de riesgo hacia la misma, sin que consten otros intereses sociales, sin que ello suponga una vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia de género en aspectos tan esenciales como su libertad individual y sexual, el derecho a vivir con su pareja/marido en un mismo domicilio o incluso el derecho al trabajo, a la salud o a una vida digna, que pueden verse comprometidos en mayor o menor medida por dicha obligatoriedad.

Por último, mencionar la paradoja de imposición punitiva que supone la posibilidad de penar al sujeto activo por pena de trabajos en beneficio de la comunidad a un máximo de 80 días, o por alternativa de un mínimo de 6 meses de prisión que se puede sustituir por 6 meses de trabajos en beneficio de la comunidad, condicionada a la asistencia a programas formativos. De esta manera, el propio artículo prevé para el mismo hecho y de forma alternativa, la pena de 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad, o 6 meses a 1 año de trabajos en beneficio de la comunidad condicionado al cumplimiento de asistencia a programa formativo. O lo que es lo mismo, otra muestra más de la incoherencia del legislador.

4-1-1-9- Concursos

La única especialidad a tener en cuenta es que el tipo penal no absorbe en sí mismo la detención ilegal o secuestro³²¹, salvo en que el lapso de tiempo en los supuestos de detención ilegal sea mínimo y coincida con el de la agresión. En los demás supuestos, estaremos ante la existencia de un concurso, y habrá que atenerse a los actos concretos para determinar si éstos integran un concurso real o un concurso ideal medial según las normas generales concursales.

Tampoco absorbe el allanamiento de morada³²².

³²¹ Sentencia núm. 1309/2005 de 11 noviembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

³²² Sentencia núm. 15/2012 de 29 junio de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

4-1-1-10- Constitucionalidad: la decepción de las resoluciones del Tribunal Constitucional

El art. 153-1 Código Penal, que a fin de cuentas no es sino una manifestación del Derecho Penal de autor en la que el incremento de pena asociado a la personalidad del sujeto activo como hombre-esposo, presuponiendo *iuris et de iure* que el hombre, por su propia naturaleza de hombre, y en el marco de sus relaciones de pareja heterosexuales hacia la mujer, ya es merecedor de mayor penalidad con independencia de la mayor gravedad o no del hecho cometido frente a otros hechos cometidos por otros sujetos activos contra la mujer³²³, ha sido llevado ante el Tribunal Constitucional. El Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia fue el primer en elevar al Tribunal Constitucional Cuestión de Inconstitucionalidad (la núm. 5939/2005) en relación al apartado 1 de dicho artículo, y únicamente referido a los hechos cometidos por el hombre contra la mujer, no planteándose respecto a los cometidos contra las personas especialmente vulnerables. De esta manera la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en los siguientes puntos:

³²³ Rey Martínez, Fernando en “Protección penal desigual y violencia de género” en V.V.A.A. *Cuestiones Actuales de la protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*, Dirs. Susana Huerta Tocildo y Mercedes Pérez Manzano, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012, pág. 144 y ss., plantea la interesante hipótesis de que nos encontremos ante un mismo hecho fáctico, pero no un mismo hecho jurídico, y que por tanto, no hubiera que plantearse cuestiones en torno al quebranto de los principios de igualdad o proporcionalidad, si bien se enfrente a las objeciones planteadas por el propio autor; que el mismo tratamiento dado a las mujeres por razón de género es dado a las personas especialmente vulnerables, y la necesidad de requerir que en todos los casos concurra efectivamente la violencia de género (manifestación de la discriminación y desigualdad de las mujeres) y no solo la simple pertenencia del hombre al género masculino y de la víctima al femenino.

-Infracción del art. 14³²⁴ Constitución Española señalando que el derecho a la igualdad que consagra se conculca por la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo, haciendo hincapié en que no puede presuponerse *iuris et de iure* una superioridad de ataque del hombre por el mero hecho de serlo, y una mayor indefensión en la mujer por la misma condición y en relación al hombre.

- Posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la norma.

-Infracción del art. 10-1³²⁵ de la Constitución en la consideración de que el artículo presupone *iuris et de iure* una capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer.

Por su parte, el Tribunal Constitucional desestima la Cuestión de Inconstitucionalidad en la sentencia núm. 59/2008 de 14 de Mayo en base a los siguientes criterios:

- La consideración de que *“la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja*

³²⁴ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

³²⁵ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.”

-La consideración de que el sujeto activo hombre no es el único admitido por el tipo penal.

- La consideración de que “*no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.*”

-La consideración de que “*Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.*”

-La consideración de que “*tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de la personas (art.*

10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.”

-La consideración de que no se vulnera el principio de culpabilidad ni estamos ante un derecho penal de autor por cuanto que “el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción.”

-La consideración de que “se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad,

la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.”

A nuestro modo de ver, la sentencia del Tribunal Constitucional no es sino la plasmación de un machismo paternalista³²⁶ encubierto que es incapaz de justificarse sin acudir a formulas vacías para con el Derecho Penal como la desigualdad histórica y el sometimiento tradicional de la mujer hacia el hombre dentro de la relación de pareja (que sí tiene relevancia sin embargo a efecto social y criminológico), partiendo de una consideración genérica *iuris et de iure* de considerar que existe una mayor lesividad en los actos que dentro de la pareja realiza el hombre contra la mujer que no encuentra apoyo más que precisamente en esa desigualdad histórica de sometimiento³²⁷. Esa desigualdad histórica conllevaría por tanto que todo hombre por

326 En el mismo sentido se pronuncia el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. A nivel doctrinal Fernández Pantoja, Pilar en “El sistema de tutela ante la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 250, o García Álvarez, Pastora en “Precedentes de la denominada ‘violencia de género’ en el Código penal español. Apuntes críticos” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 48. También entiende que las medidas penales de la Ley 1/2004 no se ajustan a las exigencias constitucionales Ridaura Martínez, María Josefa en “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005, pág. 105 y 106.

327 Por el contrario, manifiesta que el Tribunal Constitucional ha avalado con acierto la norma penal Morillas Cueva, Lorenzo en “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la ley integral” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 34. También Rubio, Ana en “La capacidad transformadora del derecho en la violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 63 y 64, se manifiesta a favor, manifestando que “se ha decidido dar una respuesta específica a lo que es una violencia específica. Esta opción de política criminal tiene validez formal y material porque es compatible con la doctrina del tribunal constitucional”.

el hecho de serlo se encuentra dentro de la relación de pareja en una posición preferente y dominante hacia su esposa o compañera sentimental, y que ésta se encuentra, por el mero hecho de ser mujer, en una posición de desigualdad y sometimiento frente a éste.

Por más que la sentencia trate de negar estas consideraciones que efectuamos, no da ninguna motivación ni argumento más allá de su inicial punto de partida, el cual carece de apoyo jurídico o dogmático. Desde el mismo momento en que la presunción es *iuris et de iure* y no *iuris tantum*, de que desde el mismo momento en que se produce el acto lesivo contra la esposa el sujeto activo ha individualizado y hecho suya la desigualdad histórica hombre-mujer en el ámbito de la pareja, sin analizar las concretas circunstancias concurrentes en el hecho (por el ejemplo, que el hombre responda con una bofetada fuera del ámbito de la legítima defensa a una paliza pegada anteriormente por la esposa) no es sino una manifestación de un Derecho Penal de autor en el que es éste el que debe probar en última instancia que los hechos no concurren en ese marco de desigualdad, sometimiento o dominación, y que por tanto, que no es culpable del delito en una inversión de la presunción de inocencia respecto a la aplicación del art. 153-1 Código Penal, una vez acreditados los hechos objetivos que permiten encuadrarlo dentro de dicho tipo penal. De esta manera la “culpa” social que recae sobre el colectivo masculino se sobrepone y prevalece sobre la culpa individual del sujeto activo particularmente considerada.

Finalmente, Larrauri Pijoan, Elena en “Igualdad y violencia de género”, INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2009, pág. 10, manifiesta que no son conductas iguales por la consideración de género, sin considerar la posibilidad de violencia de género contra otros colectivos diferentes a la mujer, o incluso entro de las mujeres, contra otros colectivos diferentes a la esposa.

La reflexión efectuada de que caben otros sujetos activos diferentes al hombre, cuando la propia sentencia recoge que el fundamento es la tradicional desigualdad de la mujer (que sí debe ser obligatoriamente mujer) frente al hombre en sus relaciones de pareja por su sometimiento a éste (lo que supone aceptar que el sujeto activo solo puede serlo el hombre-esposo), nos parece sino ya un insulto a la propia inteligencia de los ciudadanos y aún más, de los juristas, una absoluta falta de argumentos que puedan sostener sus razonamientos de constitucionalidad del precepto, como si dicha constitucionalidad ya estuviera prefijada de antemano, y hubiera que haber ido calzándola de cualquier modo por razones ajenas a criterios jurídicos, que no merecen mayor debate por su absoluta inconsistencia y por la contradicción de base existente en su concepción.

Las consideraciones del Tribunal Constitucional atentan contra la dignidad no solo del hombre como tal considerado, sino sobre todo, de la mujer, a la cual se considera indefensa³²⁸, necesitada en todo caso de especial protección frente al hombre y siempre en un plano de desigualdad material frente a éste, equiparándola al colectivo de “personas especialmente vulnerables”, vulnerabilidad que aquí sí es necesario acreditar procesalmente, mientras que en la mujer se presume, teniendo que acreditarse procesalmente y en todo caso la no vulnerabilidad de la misma.

³²⁸ Cruz Blanca, María José en “De un Derecho Penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho Penal de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 288 y ss., manifiesta también “que la vulnerabilidad de las mujeres no debe predicarse de todas ellas, sino de un número indeterminado”, estableciendo los efectos negativos que esta consideración tiene, y que se resumen en las siguientes; las mujeres que hayan alcanzado la igualdad real no se encuentran reflejadas en esa concepción, y se desconciertan, y para las mujeres alejadas de la situación de igualdad supone un mensaje pesimista y negativo no ver que hay mujeres que sí la han logrado. Concluye con que es injusto la consideración de que todos los hombres sean considerados maltratadores de género.

La justificación del Tribunal Constitucional de la mayor gravedad del hecho cometido por el hombre contra la mujer en criterios tan inconsistentes como el mayor número de agresiones sufrido por las mujeres a mano de sus parejas que a la contra, no hacen sino confirmar nuevamente que nos encontramos ante un ejemplo de Derecho Penal de autor³²⁹ en el que recae sobre el sujeto activo el hecho de que el hombre, porque cuantitativamente agrede más a la mujer, ya sea en sí mismo considerado por su pertenencia al género masculino como un agresor, elevando una generalidad no universal a dogma de obligada consideración, olvidando que la diferencia cuantitativa en el número de agresiones no conlleva una diferencia cualitativa en la gravedad de las mismas, no aportando el Tribunal cual es la base o criterio de la equiparación entre número de agresiones y gravedad de las agresiones³³⁰. Pero es que además tal justificación decae cuando precisamente, como

³²⁹ En el mismo sentido de considerar el art. 153 Código penal muestra de derecho penal de autor Gómez Rivero, María del Carmen en “El ‘presunto’ injusto de los delitos contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 111 a 115. Mendoza Calderón, Silvia en “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal”, en la misma obra colectiva, pág. 148, manifiesta respecto a este artículo que “se habría desvelado, por lo tanto, un olivado **Derecho penal de autor**, centrado en una presunción legislativa de peligrosidad del mismo (el agresor)”.

³³⁰ En este sentido, el voto particular del Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, manifiesta que “Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que **las conductas previstas en el apartado 1º del art. 153 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2º**, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad. No puedo aceptar esa base de partida, pues el valor al que el proclamado desvalor corresponde, y que mediante el cuestionado tipo penal se protege, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores me resulta sencillamente intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del art. 14 CE (RCL 1978, 2836). **Late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil** [aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el

expone la Cuestión de Inconstitucionalidad, los hechos más graves como los delitos contra la vida o contra la libertad e indemnidad sexual, e incluso los de violencia habitual, no contemplan dicha agravación en función de los sujetos y la desigualdad entre los mismos, la cual se recoge única y exclusivamente ante los actos menos lesivos (lesiones sin tratamiento médico o maltrato, y como posteriormente veremos, en las amenazas y coacciones leves).

Finalmente, la justificación del Tribunal de que al hablar del art. 153-1 y del art. 153-2, ambos del Código Penal, nos encontramos ante dos delitos diferentes no puede compartirse por cuanto nos encontramos ante una misma conducta, la cual se realiza en el mismo ámbito relacional (la pareja) y en la que el único factor que cambia es cuál de los dos sujetos de esa misma relación ocupa el puesto de sujeto activo o agresor y cuál el de sujeto pasivo o víctima. Compartimos plenamente el fundamento del voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas, cuando establece que *“entre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de*

F. 11, apartado a), párrafo 2] sobre la posición de la mujer que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad. **El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica.**” En el mismo sentido se apoya el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que manifiesta que “no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos. Sin embargo, lo que a mi juicio **resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo** que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP. (...) ésta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. **Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.**”

conductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2º al identificar los delitos: «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera...». Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos.”

Lo poco afortunado de la sentencia del Tribunal Constitucional queda plasmado en los cuatro votos particulares³³¹ que constan en dicha sentencia, y que critican el que no se haya llevado a fallo la interpretación que se considera constitucionalmente aceptable y la inseguridad jurídica que tal omisión produce, la incompatibilidad del tratamiento diferenciado por sexo con el art. 14 de la Constitución Española, la ausencia de argumentos para justificar el mismo, la consideración del hombre como agresor por su pertenencia al género masculino o la consideración de la mujer como “sexo débil”.

El único aspecto positivo de la sentencia del Tribunal Constitucional que encontramos es que ha abierto la puerta a la posibilidad de que, a pesar de partir de una presunción iuris et de iure de la concurrencia del elemento de desigualdad concretado en el elemento de dominación y machismo que perturba la paz familiar, pueda acreditarse en el acto de la Vista Oral de que el mismo no concorra, y aunque no fuera su intención, ha permitido la existencia de una línea jurisprudencial que ante

³³¹ Los votos particulares fueron emitidos por los Magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Javier Delgado Barrio y Vicente Conde Martín de Hijas.

su no acreditación permite la aplicación de los tipos penales menos gravosos y en consecuencia la degradación en falta cuando no concorra como elemento subjetivo³³².

4-1-2 Art. 153-2 en relación al 153-1 CP. El maltrato ocasional respecto de los otros integrantes del ámbito familiar.

“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2³³³, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.”

³³² Villacampa Estiarte, Carolina en “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Diciembre 2007, pág. 17, encuentra “el fundamento de los ilícitos, eventualmente también del 153.1 CP, en que se eleva la gravedad de la reacción punitiva frente a este tipo de violencia debe verse en un incremento del merecimiento de pena basado en el mayor desvalor de acción y de resultado, como antes se ha indicado, **tanto porque se exija, desde el punto de vista subjetivo, que el autor cometa el delito con la finalidad de dominar, de subyugar o de aleccionar a la mujer como porque, desde un punto de vista objetivo, se requiera la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad**”.

³³³ El art. 173-2 Código Penal reza en cuanto a las personas incluidas; “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados, (...)”

4-1-2-1-Sujetos

El círculo de los sujetos contemplados en el tipo penal es amplísimo, por cuanto contempla la casi totalidad de los enumerados en el art. 173-2 Código Penal, salvo las expresamente contemplados ya en el art. 153-1 del mismo cuerpo legal y analizados en el apartado anterior. Por tanto, no encontramos aquí diferencias de sexo, pudiendo ser sujeto activo o pasivo indistintamente hombre o mujer, siendo lo especialmente relevante para la integración en el tipo la relación existente entre los sujetos activo y pasivo. Dicha relación no plantea problemas cuando hablamos de cónyuges o parejas de hecho, excónyuges o exparejas (siempre con la salvedad del art. 153-1), siendo más problemático establecer los límites a las análogas relaciones de afectividad. En cuanto a éstas, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4-1-1-1 en cuanto a los requisitos que dicha relación estén fundamentadas en el afecto de carácter romántico (exclusión de relaciones meramente económicas, sociales, de amistades...) y con idea de estabilidad y proyecto de futuro común.

El resto de sujetos contemplados en el tipo penal podemos distinguirlos entre los que no requieren convivencia según el tipo penal y los que sí³³⁴. Entre los sujetos que no requieren convivencia según el tipo penal encontramos los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los sometidos a guarda o custodia en centros públicos o privados, y personas amparadas en cualquier otra relación por las que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar. Entre los sujetos que requieren convivencia especificada por el propio tipo penal se encuentran los menores o incapaces que con él

³³⁴ A estos efectos reiteramos que según lo expuesto en el apartado 2-1 y al cual nos remitimos, no partimos de un concepto formal de familia, sino de un concepto material.

convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Respecto a éstos últimos no hay problemas en los límites establecidos a la hora de considerar que sujetos se consideran familia, por cuanto dicho límite ya ha sido establecido por el propio legislador; la convivencia con el núcleo familiar. Por tanto, única y exclusivamente debemos acotar al menos de forma breve que significa convivencia.

Para la RAE convivencia es la *acción de convivir*. Convivir se define asimismo como *vivir en compañía de otro u otros, cohabitar*. Pero, ¿requiere la convivencia que ésta se desarrolle bajo el mismo techo, incluyendo la pernocta en el mismo domicilio familiar? Semánticamente ya hemos visto que la definición lingüística no nos aporta solución y por tanto el contenido deberá aportarse desde la interpretación³³⁵. En todo caso y a nuestro modo de ver, no podemos estar a un criterio formal de convivencia, sino que hemos de ajustarnos a un criterio material de la misma, y por tanto la convivencia vendrá determinada por la realización de al menos una parte importante de los actos esenciales de la convivencia en el mismo domicilio³³⁶.

³³⁵ La Sentencia núm. 412/2004 de 8 octubre de la Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid considera que se encuentra integrada en el núcleo de la convivencia familiar una sobrina que tras haber residido durante la minoría de edad en el domicilio de su tío y su abuela, a pesar de vivir con unas amigas, comer y pernocta en la casa del tío de forma regular, por lo que se encuentra integrada dentro del núcleo familiar.

³³⁶ Por ello generalmente requerirá la pernocta, pero esta no tiene por qué ser estrictamente necesaria, siempre y cuando se desarrollen otras actividades propias de la convivencia como comidas, tiempos de ocio, prestación o recepción de cuidados. Por ejemplo, hemos encontrado multitud de supuestos de hijos que pernoctan en vez de con los padres, con los tíos o abuelos, por falta de espacio físico en la vivienda principal, pero que el resto de “actos de convivencia” los desarrollan en el mismo domicilio.

En cuanto a los sujetos para los que el tipo penal no requiere convivencia, los ascendientes, descendientes y hermanos propios, encontramos una jurisprudencia y una aplicación desigual de la ley. Si bien la Consulta 1/2008 de la Fiscalía General del Estado establece como criterio a aplicar por los Fiscales que “en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2 y 173.2 se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito, los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta”, en la realidad del ejercicio de la acusación por parte de la Fiscalía no hay prácticamente duda de que la misma ha actuado considerando que no es necesaria la convivencia respecto de los hijos menores de edad³³⁷ e incluso dependientes de los padres, mientras que del resto de supuestos ha individualizado los datos concretos, con tendencia, ante la duda, hacia la acusación³³⁸. Asimismo, y con anterioridad a dicha consulta, y como se expone al principio de la misma “el Ministerio Fiscal hasta el presente momento, tanto para la calificación de los hechos como para la interposición de los recursos procedentes en caso de sentencias absolutorias o condenatorias por falta, **ha entendido que no se precisa el requisito de convivencia** conforme a la interpretación que se realiza en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2003”, si bien la Fiscalía modificó su postura en sentido contrario mediante la Consulta 1/2008, donde empezó a exigir la convivencia entre agresor y víctima.

³³⁷ Por ejemplo, hijos propios sobre los que no se tenga la guardia y custodia, sino solo un régimen de visitas de horas sin pernocta.

³³⁸ Tal manifestación se hace no desde datos estadísticos que no existen, sino desde la experiencia por haber sido Fiscal de Juzgado de Violencia de Género así como la larga experiencia realizando guardias tanto desde el cargo Fiscal como de Abogado.

La jurisprudencia igualmente oscila entre requerir la convivencia³³⁹ para la aplicación del tipo penal y entender que la misma no es un requisito del mismo³⁴⁰ en cuanto a los familiares directos y más cercanos.

³³⁹ La sentencia núm. 258/2007 de 8 junio de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid recoge que “de acuerdo con el criterio mayoritario puesto de manifiesto en la jornada de unificación celebrada por los Magistrados de las secciones penales de esta Audiencia el pasado 25 de mayo , y con el que ha venido manteniendo este Tribunal en Sentencias como la de 11 de julio de 2005 Ponente Sra. Perdices López, en la que expresamente se señalaba: “Empezando por el recurso de la representación procesal de D. Adolfo, se defiende en el mismo que los hechos declarados probados no serían constitutivos de un delito del art. 153 del Código Penal EDL 1995/16398 , sino de una simple falta de amenazas del art. 620.1 , al entender que **para que un hermano sea sujeto pasivo del delito ha de darse una situación de convivencia con el sujeto activo que no se reconoce como existente en la sentencia**, y ello por considerar que así se desprende de la redacción de los arts. 153 y 173.2 del Código Penal EDL 1995/16398.” La misma sentencia recoge, eso sí, la disparidad de criterios mantenidos en las diferentes secciones de las diferentes audiencias

³⁴⁰ No requieren la convivencia la sentencia nº 51/2006 de 16 octubre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete, que manifiesta que “asimismo, el precepto no se refiere como antes a los “hijos” sino, más ampliamente, a los “descendientes” sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente. De otra parte, la mención a “descendientes, ascendientes o hermanos” incluye expresamente a los que lo sean por “naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, sin exigirse -como se hacía antes- ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a “que con él convivan” se refiere en exclusiva a “los menores e incapaces” como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión “o sobre”; en consecuencia, **quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor**”. La sentencia núm. 258/2007 de 8 junio de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid recoge como jurisprudencia contraria a su toma de postura la siguiente, según sentencia de fecha 14 de mayo de la Audiencia Provincial de Girona; “Como comprobamos de la desintegración del listado -continúa diciendo la sentencia-, que este Tribunal construye a partir de la literalidad de la norma, a esta no le es indiferente la situación fáctica de convivencia no convivencia, pero, como podemos comprobar, la restringe literalmente a determinados supuestos, como son a los de análoga relación de afectividad a la conyugal, presente o pasada, “aun sin convivencia”, a los menores o incapaces “que con él convivan”, y a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación “por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”. Así pues el precepto contempla tanto casos en los que la lesión leve es considerada más grave que la simple falta por el mero hecho de la existencia de la relación de parentesco, como otros casos en los que el aumento de la gravedad deriva de una especial relación de hecho, bien sea de convivencia, bien de especial vulnerabilidad, bien de otro tipo. Pues bien, esta distinción también sirve al legislador que considera que en la generalidad de las relaciones de parentesco próximo no es precisa la convivencia para que se produzca el aumento de reproche penal; sólo se exigirá la convivencia para la transformación del hecho

Desde nuestro punto de vista la convivencia no es un elemento del tipo tal y como se desprende de la redacción literal del mismo, e incluso desde una interpretación teleológica y lógico-sistemática poniéndolo en relación a la expresión del propio artículo “o cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”. Esta expresión de por sí nos está indicando que la voluntad del legislador está en proteger a las personas que se integran en la familia, no desde el punto de vista de que cohabiten en el mismo domicilio, sino de su participación y relevancia dentro del núcleo familiar. De esta manera, solo cuando el legislador exige expresamente la convivencia como modo de limitar el concepto de familia y de los sujetos que pueden realizar el hecho típico, no cabe interpretación más allá del propio concepto “convivencia”.

La no exigencia por parte del legislador de forma expresa de la misma, abre la puerta a interpretaciones múltiples, pero que no pueden hacernos olvidar que la convivencia no es un elemento que viene contemplado en el tipo, y que la interpretación a efectuar tiene que fundamentarse en criterios tanto semánticos, como teleológicos, históricos y lógico-sistemáticos. Consideramos que la disparidad jurisprudencial antes mencionada responde precisamente a esa búsqueda de ajustar una realidad social con múltiples facetas y posibilidades de relación entre los diferentes miembros de una familia en sentido amplio al contenido de la norma, utilizando el criterio de convivencia no tanto como un elemento inamovible de

natural de la lesión en el hecho jurídico del delito cuando no existe relación de parentesco o asimilable ninguna, pues se deduce que en este tipo de casos el afecto que es preciso superar para producir la agresión debe producirse por una situación de convivencia o de especial vulnerabilidad o de otro tipo.”

interpretación de cuáles son los sujetos integrados en el tipo penal sino como modo de integración dentro del núcleo familiar. A estos efectos, la no necesidad de cohabitabilidad y convivencia estricta en el domicilio familiar respecto de las personas integradas en el núcleo de convivencia ha llevado a aplicar el tipo penal a empleadas del hogar³⁴¹, y respondería al absurdo que entendiéramos que necesariamente por no existir convivencia entre dos hermanos no puedan integrar iuris et de iure el tipo penal cuando una empleada del hogar sí puede hacerlo. La convivencia no es, finalmente, sino una forma de entender la integración del tipo penal, porque de facto siempre está abierta esta puerta por su contemplación dentro del propio tipo penal de forma genérica (generalidad que deviene del término contemplado en el tipo “o cualquier otra”).

³⁴¹ La sentencia núm. 852/2011 de 2 septiembre de la sección nº 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que se encontraba incluida dentro de persona integrada en el núcleo de convivencia familiar una empleada del hogar interna que cuidaba a la menor de cinco años de la familia para la que trabajaba como interna, en base a las siguientes consideraciones; “De otra parte, a pesar de la coincidencia de palabras entre la frase “núcleo de su convivencia familiar” y la llamada “familia nuclear”, no puede extenderse que el precepto se refiere a una familia estricta; por cuanto dentro del artículo y fuera de él, el Código Penal contiene referencias a miembros de una familia que no responde al modelo estricto sino a otro muy ampliado. Y es obvio que una “prestación de servicios” puede responder a un concierto sobre reparto de roles, en modo alguno incompatible con el concepto de convivencia doméstica, incluso dentro de la familia matrimonial. Sentado lo anterior, resulta necesario evitar cualquier desmesurada generalización que ponga en peligro el principio de legalidad, y será indispensable examinar las características de cada caso para determinar si encierra una relación incluible en el núcleo de la convivencia familiar del maltratado y que le ampare, aunque no lo sea en los demás supuestos legales. Esto así, la recurrente había sido contratada por los padres de la menor como empleada del hogar en la modalidad de interna en el domicilio familiar, donde durante un tiempo desarrollaron sus vidas en dicho lugar. Es decir, aparece que la recurrente utilizaba un hogar, en sede única, para desarrollar su vida. No siendo el rol atribuido distinto del repartido en algunas vidas familiares. No se incluye una relación de afectividad; pero tampoco se exige siempre tal condición dentro del círculo de sujetos pasivos. Y no cabe desconocer que, en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 (RCL 2003, 2332) , queda claro que la norma trata de abarcar la violencia doméstica aunque no sea estrictamente familiar. Consecuentemente los malos tratos inferidos a la menor con la que convivía bajo el mismo techo son susceptibles de incardinar el delito del art. 153, en relación con el art. 173.2 CP, por el que ha sido condenada. “

Iguales consideraciones se nos presentan respecto de los ascendientes, descendientes o hermanos del cónyuge o conviviente, en cuanto a que el requisito para la integración del tipo penal estriba en la previa integración de los sujetos dentro del núcleo familiar, para los que la convivencia solo es un criterio más de interpretación, si bien es cierto que la Jurisprudencia estrecha más el lazo para la consideración de conviviente en cuanto que los sujetos son familiares directos propios, o los mismos no son especialmente vulnerables o menores (hablamos de suegras, yernos, nueras, cuñados, etc....).

4-1-2-2-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo

En cuanto al elemento de dominación o machismo, nos remitimos al apartado 4-1-1-4, toda vez que se mantienen las mismas manifestaciones anteriormente expuestas, manteniendo la consideración, eso sí, de que aquí el elemento de machismo presenta en el art. 153-2 Código Penal una menor relevancia (aunque puede concurrir, como hemos visto, respecto de sujetos pasivos diferentes a la esposa, como son hij@s principalmente, madres, herman@s, ancianas, homosexuales...), así como el dominación, como muestra ambos de perturbación del bien jurídico familia. Y cuando dicho elemento concurre, hemos de manifestar que puede concurrir no solo en el sujeto activo-varón, sino también en el sujeto activo-mujer, siendo el sujeto pasivo el hombre, incluida la pareja. Así, a nivel jurisprudencial podemos reseñar la Sentencia núm. 88/2012 de 14 febrero de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que exige el elemento de dominación o machismo de la autora hacia su expareja sentimental para la aplicación del art. 153-2 Código Penal³⁴².

³⁴² Véase la Sentencia núm. 88/2012 de 14 febrero de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, según la cual, “por lo que se dirá, el origen de la discusión es trascendente para la calificación de la actuación de la mujer, por cuanto para la comisión de un delito de malos tratos en el ámbito familiar del art. 153,2 del C.P. se hubiera precisado que la autora de la

4-1-2-3-El Derecho de Corrección. Concepto y límites en la aplicación de este derecho en la educación de los menores

Ya el art. 155-1º del Código Civil recoge el deber de obediencia y respeto de los hijos para con sus padres³⁴³, lo que indica una sumisión a éstos respecto de los primeros. Esta sumisión sin embargo no debe ni puede justificarse desde una posición de dominación que atente a la dignidad del menor como persona, que viole sus derechos fundamentales o que impida o grave el libre desarrollo de su personalidad.

La nueva redacción del art. 154 del Código Civil³⁴⁴ establece por un lado la obligación de los padres de educar y proporcionar una formación integral, y por otro lado, respetar su integridad física y psicológica. Por tanto hay que plantearse cuál de las dos obligaciones prevalece sobre la otra cuando no sea posible un perfecto equilibrio entre ambas, y si el respeto hacia la integridad física es absoluto o cabe infringir daños físicos (evidentemente de carácter leve) por un fin superior de educación y formación, dentro del derecho de corrección.

La jurisprudencia recoge y admite el derecho de corrección, si bien la duda está en los límites de tal derecho, y concretamente, si ampara conductas violentas (como

agresión hubiera ejercido una acción de dominación sobre el sujeto pasivo, debiéndose partir, a los efectos típicos y en el ámbito de la relación de pareja (o de expareja), de la imposibilidad de la existencia de una dominación recíproca.”

³⁴³ Según el art. 155 del Código Civil publicado por Real decreto de 24 de julio de 1889 “Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.”

³⁴⁴ El art. 154 del Código Civil establece que “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”

por ejemplo, bofetadas o cachetes) o incluso con resultados lesivos (como por ejemplo, pequeños hematomas o escoriaciones). En este sentido, la jurisprudencia es prácticamente unánime al reconocer el derecho de corrección, aún cuando no venga ya expresamente reconocida en el art. 154 del Código Civil tras la reforma operada en dicha ley en 2007³⁴⁵ (a partir de la reforma de 1983 el derecho de corrección en contraría acomodo en la eximente de cumplimiento de oficio, deber o cargo del art. 20-7 del Código Penal³⁴⁶), centrándose la misma en los límites de ésta, la cual debe estar guiada siempre por el interés del menor³⁴⁷. Por ello parte de la jurisprudencia se

³⁴⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre

³⁴⁶ Véase Sentencia nº 416/2011 de 16 noviembre de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que establece que “A la facultad de corrección se refiere el art. 762 del CP de 1928 y el art. 423 de 1932 (RCL 1932, 1706) y, de nuevo, el CP de 1944 (RCL 1945, 88, 953) , pero la Reforma de 1983 (RCL 1983, 1325, 1588) , en consonancia con los tiempos, excluye todo trato beneficioso para el supuesto de lesiones causadas en el ejercicio de la facultad de corrección debatiendo, entonces, la doctrina si la falta de referencia a la dicha facultad tanto supone que en ningún caso la violencia puede entenderse amparada por aquélla o si, por el contrario, cabe la posibilidad de defender que constituye causa justificativa, exonerativa de la responsabilidad penal, con asiento en la eximente del ejercicio de un derecho, deber, obligación o cargo (núm. 7 del art. 20 del vigente CP). Claro es que, entonces para resolver, habría de estarse al contenido sustantivo de la tan dicha facultad, tal y como la Ley configura su ejercicio, moderada y razonablemente (art. 154.2 CC); supuesto en el que, salvo muy especiales circunstancias, se llega a resultado parecido que los sustentadores del otro criterio.” La Sentencia nº 37/1999 de 19 abril de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba recoge “que los padres tienen un derecho de corrección hacia sus hijos es innegable por reconocerlo así el inciso final del art. 154 del Código Civil, siempre y cuando sea razonable y moderado, que se encuentra en íntima conexión con el deber de éstos a obedecerles, recogido en el núm. 1º del art. 155 del mismo Texto Legal, sin que el hijo, al amparo de sus derechos de dignidad de la persona, que nadie se los niega, pueda pretender ser el que imponga las normas de convivencia. El padre tiene derecho a corregirlo cuando no se atenga a ellas u olvide sus deberes de formación por preferir el ocio o el alterne”

³⁴⁷ Para la Sentencia núm. 31/2004 de 14 enero de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, “la doctrina científica advierte que la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paternal. Concebida antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, la patria potestad ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función de los padres en beneficio de los hijos; **función cuyos actos deben estar dominados y encaminados, siempre, al interés del menor**; el que la LO 1/1996 de 15 de enero (RCL 1996, 145) , consecuencia de la ratificación por España de la Convención de los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712) , eleva a interés preferente. El interés prevalente del menor es el que debe presidir el análisis de la conveniencia y oportunidad de la medida, de acuerdo con el fin perseguido por ésta. Por su parte, la

pronuncia en contra del derecho de corrección respecto de actos violentos³⁴⁸, mientras que otra parte de la jurisprudencia acepta la comisión de actos violentos siempre y cuando no sean lesivos³⁴⁹. Finalmente, parte de la jurisprudencia, minoritaria, acepta

moderación y racionalidad a que se refiere el art. 154 del CC deberán analizarse de acuerdo con las normas de cultura imperantes y las reglas pedagógicas comunes para, al fin, decidir sobre la idoneidad del modo de manifestarse o ejercitarse la facultad de corrección.”

³⁴⁸ La Sentencia núm. 114/2011 de 9 noviembre de la Sección de la Audiencia Provincial de Guadalajara desestimó las alegaciones de la defensa del acusado respecto de un error invencible de prohibición al considerar que dentro del derecho de corrección tiene cabida la violencia física. La sentencia nº 404/2011 de 6 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona se manifiesta en el sentido de que “partiendo de lo anterior resulta ciertamente inatendible el argumento de la recurrente en el sentido de que dicha acción agresiva pudiera estar amparada por un pretendido derecho de corrección previsto en la legislación autonómica, siendo inadmisibile que, todavía hoy, alguien pueda entender que el castigo físico pueda resultar amparado por tal derecho como antiguamente se consideraba.”

³⁴⁹ La Sentencia núm. 133/2012 de 22 marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona establece que “los límites de la misma, vienen dados por el total respeto de la integridad física y psicológica del menor. Límites que en gran medida ya son realmente inherentes a las exigencias generales de razonabilidad, moderación y proporcionalidad de la facultad correctiva. Por ello, puede parecer en algunos supuestos que, una simple e inocua bofetada, o un cachete, o una zurra, un estirón de pelo, etc, realizadas en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, no pudiera considerarse que tuvieran una relevancia penal. Ya se llegue a tal conclusión por la vía del concepto dogmático de "insignificancia" de la acción (por virtud del cual quedaría excluida la tipicidad de la misma de la conducta), ya por la vía de la causa de justificación del art. 20. 7 del C.P. (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (por virtud de la cual considerar justificada reproche penal; se trata, como se dice en el recurso, de un simple acto de reprensión de una conducta previa impropia. No estamos ante la utilización de la violencia física como único medio de corrección de una conducta de un chiquillo rebelde y difícil que se enfrenta al padre y no asume las órdenes y disciplina del hogar; **consideramos pues que la conducta del acusado en el presente caso es impune, pues se limita a reprender al menor con una bofetada puntual que no originó ningún tipo de lesión, bofetada completamente aislada y que por el modo y forma en que se produjo la calificamos de insignificante e impune.**” En el mismo sentido la Sentencia nº 285/2008 de 1 septiembre, que establece que “cuando el exceso en esa facultad de corregir sea muy grave o cuando falte el "animus corrigendi", esto es, cuando las decisiones adoptadas en ese ejercicio sean en absoluto inadecuadas al fin perseguido o impropias o **se utilice la violencia física ocasionando lesiones al hijo menor** de edad no emancipado o en los supuestos de ejercicio habitual y con cualquier fin de violencia física sobre hijos menores de edad sometidos a la patria potestad, **no podrá aplicarse la eximente incompleta ni la completa**, pues en estos casos no puede entenderse que los sanciones o castigos persigan un fin correccional.”

³⁴⁹ La Sentencia núm. 55/2006 de 17 enero de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga, establece que “pues bien, dada la referida situación ambiental en la que el padre trataba de imponer a su hijo, necesitado de control de impulsos, una disciplina de estudio; que, pese a haberla aceptado durante el día 27, rehusó seguir al día siguiente; que Carlos

hasta la comisión de actos lesivos³⁵⁰, si bien común a todos es que nunca pueden ser habituales³⁵¹. En igual sentido se pronuncia la doctrina, igualmente dividida en

guardaba rencor a su padre por hacerle estudiar, como lo pone de manifiesto que, en el momento de ser atendido médicamente, dijera al médico, y así se recoge en el parte, que había sido objeto de bofetadas y puñetazos, lo que se revela incierto a tenor de las lesiones en él descritas, y, por último, que **se trata de un hecho aislado** que movió al recurrente de manera inmediata a ponerse en manos de una psicóloga con objeto de obtener ayuda para desarrollar sus obligaciones paternas, de las que no ha sido privado, es de rigor colegir que **su actuación no sobrepasó el ámbito de la facultad de corrección y, por tanto, está amparada por la eximente del apartado 7 del artículo 20 del CP** pues fue la suya una acción guiada por la necesidad, no atendible en esos momentos en otra forma, de corregir a su hijo, **cuya lesión, al margen de tal propósito, constituye un resultado solo susceptible de ser imputado, de haber tenido entidad suficiente, a título de imprudencia.**”

³⁴⁹ La Sentencia nº 37/1999 de 19 abril de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba se expresa de manera que “por faltar el «animus corrigendi» no podrá aplicarse la eximente incompleta ni la completa en los supuestos de ejercicio habitual y con cualquier fin de violencia física sobre hijos menores de edad sometidos a la patria potestad o pupilos, pues en estos casos no pueden entenderse que los castigos persigan un fin correccional, y, por tanto, no antijurídica, la conducta típica; o por virtud de la cual considerarla también atípica, de compartir la conceptualización de las causas de justificación como elemento o parte negativa del tipo), ya por la vía del concepto de “adecuación social” (concepto a medio camino entre las categorías de la atipicidad y de la antijuricidad del concepto dogmático de delito), entendemos que el hecho no merece en este supuesto, en el contexto en el que se ha producido, en la forma en la que se ha producido, en la acción realizada por el propio hijo, reproche punitivo y sanción penal. En el caso de autos se trata de una bofetada, aislada, sin mayores elementos que nos pudieran llevar a otra consideración, que por su intranscendencia, estimamos, no merecería tal reproche penal; se trata, como se dice en el recurso, de un simple acto de reprensión de una conducta previa impropia. No estamos ante la utilización de la violencia física como único medio de corrección de una conducta de un chiquillo rebelde y difícil que se enfrenta al padre y no asume las órdenes y disciplina del hogar; **consideramos pues que la conducta del acusado en el presente caso es impune, pues se limita a reprender al menor con una bofetada puntual que no originó ningún tipo de lesión, bofetada completamente aislada y que por el modo y forma en que se produjo la calificamos de insignificante e impune.**” En el mismo sentido la Sentencia nº 285/2008 de 1 septiembre, que establece que “cuando el exceso en esa facultad de corregir sea muy grave o cuando falte el “animus corrigendi”, esto es, cuando las decisiones adoptadas en ese ejercicio sean en absoluto inadecuadas al fin perseguido o impropias o **se utilice la violencia física ocasionando lesiones al hijo menor** de edad no emancipado o en los supuestos de ejercicio habitual y con cualquier fin de violencia física sobre hijos menores de edad sometidos a la patria potestad, **no podrá aplicarse la eximente incompleta ni la completa**, pues en estos casos no puede entenderse que los sanciones o castigos persigan un fin correccional.”

³⁵⁰ La Sentencia núm. 55/2006 de 17 enero de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga, establece que “pues bien, dada la referida situación ambiental en la que el padre trataba de imponer a su hijo, necesitado de control de impulsos, una disciplina de estudio; que, pese a haberla aceptado durante el día 27, rehusó seguir al día siguiente; que Carlos guardaba rencor a su padre por hacerle estudiar, como lo pone de manifiesto que, en el momento de ser atendido médicamente, dijera al médico, y así se recoge en el parte, que

cuanto a los límites del derecho de corrección³⁵², y que también recoge como fundamento del derecho de corrección la exigente de obrar en cumplimiento de deber del art. 20-7 Código Penal³⁵³.

había sido objeto de bofetadas y puñetazos, lo que se revela incierto a tenor de las lesiones en él descritas, y, por último, que **se trata de un hecho aislado** que movió al recurrente de manera inmediata a ponerse en manos de una psicóloga con objeto de obtener ayuda para desarrollar sus obligaciones paternas, de las que no ha sido privado, es de rigor colegir que **su actuación no sobrepasó el ámbito de la facultad de corrección y, por tanto, está amparada por la exigente del apartado 7 del artículo 20 del CP** pues fue la suya una acción guiada por la necesidad, no atendible en esos momentos en otra forma, de corregir a su hijo, **cuya lesión, al margen de tal propósito, constituye un resultado solo susceptible de ser imputado, de haber tenido entidad suficiente, a título de imprudencia.**”

³⁵¹ La Sentencia nº 37/1999 de 19 abril de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba se expresa de manera que “por faltar el «animus corrigendi» no podrá aplicarse la exigente incompleta ni la completa en los supuestos de ejercicio habitual y con cualquier fin de violencia física sobre hijos menores de edad sometidos a la patria potestad o pupilos, pues en estos casos no pueden entenderse que los castigos persigan un fin correccional.” Doctrinalmente, Pineda-Guillermo, Azucena en “Violencia intrafamiliar. El tipo penal”, Poder Judicial del estado de Guerrero, 2012, págs. 141 y ss.

³⁵² Para Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en V.V.A.A. “La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)” en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters 2011, pág. 1046, “la doctrina es unánime, al opinar que ningún acto del que se derive para el menor lesiones graves, es decir la violencia física constitutiva de infracción penal deba ser admitida en la exigente, y en ningún caso la violencia habitual sobre los hijos puede ser aceptada. (...) **No podemos estar de acuerdo con los autores que consideran que ningún tipo delictivo puede estar justificado, en ningún caso por este derecho.**” Para Cerezo Mir, José en “Curso de Derecho Penal Español II” 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2004, pág. 310 y 311, “los malos tratos de obra sin causar lesión, si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional deben considerarse lícitos, es decir, realizados en el ejercicio legítimo del derecho de corrección. **No así, en cambio, la causación de lesiones, aunque no exijan un tratamiento médico o quirúrgico** (art. 617.1, en relación con el art. 147). El empleo habitual de la violencia, aunque sea con ánimo de corregir y sin producir lesiones, no puede ser considerado tampoco como un castigo moderado y razonable (...) Estarán comprendidas en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres las privaciones de libertad de corta duración”. Mir Puig, Santiago en “Derecho Penal Parte General” 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona 2011, pág. 497, se pronuncia en el sentido de que “el derecho de corrección permite a los padres y tutores corregir moderadamente a sus hijos o pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela (arts. 154-2º y 268, segundo inciso, CC). Requisitos del ejercicio de esta facultad son la necesidad y proporcionalidad en orden a la *finalidad educativa* y al *bien del menor* (todo ello a valorar *ex ante*). **El límite máximo de la facultad de corrección no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, como en la moderación** (arts.154,2 y 268 CC) **de la conducta correctiva**. El concepto de moderación es relativo y se halla condicionado a las circunstancias culturales y del medio social, así como, especialmente, a la edad del menor.” Para Landecho

Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción en “Derecho Penal Español. Parte general” 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2010, pág. 327, **“entran en el campo de la eximente incluso correcciones corporales moderadas, así como la restricción de movimientos**. En este caso se da una mezcla de las dos partes de la eximente del art. 20-7º; ya que los padres tienen el deber de educar a sus hijos no emancipados, pero el modo de ejercitar dicho deber queda en su potestad y por ello constituye un derecho. (...) La doctrina alemana y parte de la española admiten incluso la corrección de niños ajenos, lo que fundamente a veces en un permiso presunto de los padres o tutores y en otros supuestos (hasta en contra de la voluntad de los padres), **en la adecuación social**”. Para Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana en “Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito” 2ª edición, Editor Rafael castellanos, Madrid 1986, pág. 252 “tanto en uno como en otro caso, el derecho de corrección está sometido al criterio de la ‘moderación’ en su uso. De ello se sigue que el ejercicio ‘inmoderado’ del mismo (abuso) no podrá dar lugar a la exención de responsabilidad criminal a este título, al no poder ser calificado de ‘legítimo’. Tal ocurrirá cuando los padres o tutores produzcan al menor o incapacitado lesiones graves (...), menos graves (...) o leves, por lo que entendemos que **sólo las faltas de malos tratos de palabra u obra (...) podrían venir justificadas por el mencionado derecho**.” En el mismo sentido, Ángel R. Oquendo en Intimo y personal; una perspectiva sobre la violencia” en *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Argentina 2004, pág. 124. Para Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel en “Instituciones de Derecho penal español”, CESEJ Ediciones, Madrid 2004, pág. 162, “se trata de derechos subjetivos **que pueden acarrear una cierta violencia corporal**, cuya restricción debe ser máxima a la luz de lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución española.” En cuanto a la doctrina alemana, Roxin, Claus en “Derecho Penal Parte General Tomo I” traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª edición alemana, Editorial Civitas 1997, pág. 751 y 752, “la op.dom. considera admisible la corrección o castigo en el ámbito familiar por razones educativas frente a los hijos menores. **Si consiste en azotes o golpes, será una conducta típica, pero justificada**, mientras no provoque daños a la salud y no se produzca de modo denigrante o humillante. (...)La opinión que sostiene que un castigo físico realizado con fines educativos no constituye maltrato de obra, y por tanto ya no es ni siquiera típico conforme al 223, no se puede compartir.” Para Jescheck, Hans-Heinrich en “Tratado de Derecho Penal Parte General” traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Editorial Comares, Granada 2002, pág. 426 “en el ámbito familiar el derecho de corrección puede ser cedido (...) a la niñera o a los abuelos, pero en este supuesto el correctivo corporal llevado a cabo por personas cercanas conserva su limitación a casos excepcionales”. Para Jakobs, Günter en “Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 562 “las reacciones jurídicas tienen lugar sólo si se abusa del derecho (...); el castigo se convierte en antijurídico. Hay abuso cuando cabe demostrar que el castigo corporal no es necesario, es decir, que por saldo resulta inútil e incluso perjudicial. Tal es el caso siempre que se da un trato denigrante o cuando se infringe más que lesiones sin importancia o se crea el correspondiente peligro.” Finalmente, Fernández Ibáñez, Eva en “El derecho de corrección” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 225 y 226, manifiesta que no cree “que las concepciones sociales obliguen a interpretar que todo comportamiento de corrección que resulte típico está vetado a la justificación (...), sino sólo aquellos comportamientos típicos violentos irracionales o desproporcionados”, restringiendo el derecho de corrección a las faltas del art. 620 Código Penal.

³⁵³ Cerezo Mir, José en “Curso de Derecho Penal Español II” 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2004, pág. 309 y ss.; Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en V.V.A.A. “La

Hemos de mencionar, eso sí, la falta de ajuste a la realidad respecto del uso de la jurisprudencia, puesto que no se computan a estos efectos más que las sentencias firmes, quedando fuera la mayor parte de los supuestos del uso del derecho de corrección y que se corresponde con las causas que han sido sobreseídas en la fase de instrucción, por lo que se produce un enorme vacío respecto a la auténtica valoración que a nivel judicial se hace respecto del derecho de corrección y de su importancia bien como causa de exclusión de la tipicidad, bien como causa de justificación dentro del art. 20-7 Código Penal, bien como ausencia del tipo subjetivo del delito de lesiones o de maltrato (sea o no de violencia en el ámbito familiar), o bien en la consideración de que el derecho de corrección no entra dentro del ámbito de protección de la norma (hay que tener en cuenta la escasa motivación de las resoluciones tendentes al sobreseimiento de la causa durante la instrucción, que suele concretarse en la expresión “al no ser los hechos enjuiciados constitutivos de ilícito penal”, sin entrar en mayores valoraciones del fundamento jurídico de por qué la causación por ejemplo de una lesión no es constitutiva de ilícito penal).

tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)” en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters 2011, pág. 1037 y ss.; Mir Puig, Santiago en “Derecho Penal Parte General” 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona 2011, pág. 497; Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción en “Derecho Penal Español. Parte general” 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2010, pág. 327; Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana en “Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito” 2ª edición, Editor Rafael castellanos, Madrid 1986, pág. 253 y ss; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, T.S. en “Derecho Penal Parte General” 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 476. Guarda silencio y no lo incluye dentro de dicha eximente Verdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos; y Serrano Piedecabras, José Ramón en “Lecciones de derecho Penal Parte general”, 2ª edición, Editorial La Ley, 1999, pág. 237 y ss.

Para nosotros, los límites en cuanto al derecho de corrección mediante el uso racional y moderado no solo estriban y deben colegirse del acto violento empleado y el resultado lesivo derivado del mismo, sino sobre todo, de la conducta a corregir respecto del menor (finalidad última que debe regir el acto violento), y por tanto, el comportamiento de éste, su carácter, sus circunstancias personales (edad, madurez, ámbito escolar y familiar, ...), así como los medios disponibles por el sujeto activo para la corrección, así como los factores culturales y sociales. De este modo, puede llegar a estar justificado el empleo de violencia con resultados lesivos respecto de menores con conductas altamente agresivas que no responden a otros métodos educativos³⁵⁴. Es imprescindible que la finalidad última de la conducta sea la de formar y educar al menor, que la violencia sea el último recurso a emplear, que exista una proporcionalidad entre el método correctivo empleado y la conducta a corregir, y que con ello no exista un daño psicológico al menor, y que en caso de haber daño físico, esta sea leve y que la causación de la lesión al bien jurídico sea menor que el beneficio obtenido con la imposición del correctivo. El fundamento de la exención estribaría en que los medios correctivos más leves (privaciones de libertad cortas, maltrato, coacciones, amenazas leves, e incluso lesiones leves sin tratamiento médico o quirúrgico) no entran dentro del ámbito de protección de la norma, siempre y cuando el medio no solo sea moderado, sino que sea proporcional al hecho cometido y dentro de la finalidad correctora que debe guiar su comisión. Las privaciones más largas de duración de libertad o lesiones constitutivas de delito en todo caso quedarían amparadas como eximente completa o incompleta mediante la causa de justificación

³⁵⁴ Por ejemplo, emplear violencia respecto de un menor de 12 años que golpea mediante patadas y golpes a su hermano de 6 años, y que no responde ante otros estímulos o pautas correctoras de su comportamiento, y que ante lo que considera falta de consecuencias graves para su conducta, sigue realizándola.

de ejercicio legítimo de un derecho (que es a la vez un deber) del art. 22-7 del Código Penal³⁵⁵.

4-1-2-4-Penalidad; especial atención a la obligatoriedad y automatismo de la pena de alejamiento

Son de aplicación los mismos argumentos que el correlativo respecto del art. 153-1 Código Penal, tanto respecto a la obligación de imposición de la pena de alejamiento, como respecto a la menor penalidad del presente tipo penal respecto del anterior.

Sí hay que incidir en la mayor problemática que se presenta con la obligatoriedad y automatismo respecto de la imposición de la pena de aproximación y comunicación, por cuanto la misma incide de forma especialmente negativa sobre hijos menores o sobre toxicómanos. En el primero de los supuestos, supone que por un simple bofetón que exceda del derecho de corrección se imponga hasta mínimo un año superior a la pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, la prohibición de acercarse al menor, su colegio y su domicilio, privando por tanto al

³⁵⁵ Por ejemplo, encerrar al hijo menor dos horas en su cuarto por un mal comportamiento no entraría dentro del ámbito de protección de la norma por cuanto es un uso socialmente admitido. Encerrar durante varias semanas en el cuarto al hijo menor de 13 años que quiere emborracharse, consumir drogas y va a dedicarse a la prostitución para costearlo, en espera de una intervención de los Servicios Sociales respecto de ese menor, quedaría amparado por el ejercicio legítimo de un derecho (entendemos que con preferencia a un estado de necesidad, toda vez que existe la obligación parental de actuar). Dar un cachete al hijo menor que ha pegado a su hermana es un uso social admitido y quedaría fuera del ámbito de protección de la norma, mientras que golpear causando lesiones incluso constitutivas de delito al hijo menor que está agrediendo a otro miembro del núcleo familiar como un hermano o la madre, como método de corrección ante la imposibilidad e ineficacia de otros medios dada la desocialización del menor, quedaría amparada por la eximente (completa, incompleta, o en su caso atenuante) del art. 20-7 Código Penal, nuevamente con preferencia al estado de necesidad por la obligación parental de actuación.

menor de la posibilidad y el derecho de ser educado en muchas ocasiones por su único progenitor³⁵⁶ y por tanto desarraigando al menor de su entorno familiar por hechos que tienen la consideración de menos grave³⁵⁷ (y que si no fuera por la especial relación entre los sujetos tendrían naturaleza leve). No podemos sino considerar de “burrada” legislativa que se el legislador mantenga una pena pensada para proteger a la víctima, que suponga una mayor lesividad hacia dicha víctima que el riesgo que trata de evitar.

Iguals consideraciones podemos hacer respecto al también extendido supuesto de hijos o cónyuges toxicómanos, cuando los mismos no son atendidos por la agresividad producida precisamente por su dependencia en los centros Hospitalarios o de Salud, y la única asistencia que reciben para el tratamiento de la misma y demás efectos inherentes (enfermedades físicas y psíquicas desarrolladas por la dependencia), única forma de poner fin a la rueda de la violencia, es el tratamiento por parte de las víctimas. La pena de alejamiento automática obliga al sujeto pasivo a abstenerse de prestar dicha asistencia y por tanto de tratar de poner fin a la rueda de violencia, o

³⁵⁶ Como supuesto real conocido por esta parte, y en el que se acabó aplicando el derecho de corrección como mal menor, está la menor de 15 años de origen polaco con padre desaparecido en el extranjero, alcohólico y con sentencias por malos tratos, que convivía con la madre, único pariente en España, que carecía de cualquier otra figura familiar, y a la que la madre, sobrepasada por tres trabajos de escasa remuneración, la falta de apoyo familiar y el carácter difícil de la menor ya adolescente, de forma relativamente habitual la golpeaba a veces con una correa. La imposición de la pena de alejamiento hubiera supuesto el total desarraigo de la menor, que hubiera que tenido que ser ingresada en un Centro de Menor, con el elevadísimo riesgo de ser víctima en el mismo de agresiones sexuales por parte de otros menores, y ante la imposibilidad de dejar su cuidado a otros miembros familiares puesto que carecía de ellos. Como mal menor, se acabó aplicando el derecho de corrección en un supuesto en el que los actos violentos excedían ostensiblemente el ámbito de tal derecho, deduciendo testimonio a los servicios sociales de la Comunidad Autónoma para su intervención ofreciendo pautas de intervención entre madre e hija.

³⁵⁷ Art. 33-2 Código Penal.

bien a actuar de espaldas a la resolución judicial que impone la pena, coadyuvando y hasta induciendo al condenado para que quebrante la misma.

4-1-2-5-Bien Jurídico, conducta, consentimiento y concursos; remisión a otros apartados y especialidades en su caso.

En cuanto al bien jurídico, nos remitimos al apartado 4-1-1-2, manteniendo las mismas consideraciones expuestas, mientras que respecto a la conducta es la misma que la reseñada en el apartado 4-1-1-3, al cual nos remitimos para su estudio. Respecto al consentimiento son de aplicación las mismas consideraciones efectuadas respecto al consentimiento en el art. 153-1 Código Penal analizadas en el apartado 4-1-1-5.

Finalmente, en cuanto a los concursos, hemos de mantener lo expuesto respecto del art. 153-2 Código Penal, en cuanto a que el hecho típico no absorbe las detenciones ilegales (o secuestro en su caso), salvo las detenciones ilegales de muy corta duración que se prolonga durante el episodio violento. Son de aplicación las normas generales concursales, debiendo estarse al hecho concreto para su consideración como concurso real o ideal medial.

4-1-3 Art. 153-3 en relación al art. 153-1 y 2 CP. Las cualificaciones por razón de:

“Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando

una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”

4-1-3-1- “en presencia de menores”

Objetivamente debemos entender que al no especificarse ninguna edad como sí se hace en otros artículos (por ejemplo, el art. 148-3 Código Penal, que establece una edad de menor de 12 años), la minoría de edad es la legal, es decir, 18 años³⁵⁸ según establece el artículo 315 del Código Civil³⁵⁹. Sí existe un límite inferior de edad, que si bien no está regulado legalmente y por tanto es de carácter jurisprudencial, estriba en el hecho de que el menor pueda ser lesionado por la presencia del acto violento, lo que no ocurre en menores de muy corta edad³⁶⁰. En todo caso, esta agravación del tipo responde a la necesidad de proteger a uno de los colectivos más vulnerables del grupo familiar como son los menores, que además están en el periodo de formación como personas y desarrollando sus valores, los cuales les son parcialmente inculcados en el hogar tanto de forma directa como de forma indirecta por su desenvolvimiento en el grupo familiar aprendiendo de las conductas que en el mismo se desarrollan. Por tanto la agravación corresponde por cuanto se amplía el número de víctimas (que podríamos llamar directas de segundo grado), de manera que la víctima lo es tanto la

³⁵⁸ Si bien la doctrina es más o menos pacífica, Orejón Sánchez de las Heras, Néstor en “Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem”, Civitas, Madrid 2007, pág. 43 y 44, considera que la menor edad debería tomarse mediante referencia al art. 148-3 Código Penal, teniendo en cuenta que lesionan el mismo bien jurídico. Desde la postura mantenida en esta tesis, entendemos que no lesionan el mismo bien jurídico, puesto que en el 148-3 no estamos ante un delito de violencia en el ámbito familiar, y además, en dicho artículo se prevé la realización del hecho sobre el menor, mientras que en el artículo analizado el hecho típico se realice no sobre el menor, sino en presencia del mismo.

³⁵⁹ “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.”

³⁶⁰ En este sentido, la sentencia 30/2005 de 14 de Enero de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

receptora del acto violento, como el menor que presencia y por tanto sufre y desarrolla temor, al tiempo que aprende e interioriza conductas inadecuadas de relacionarse en el ámbito familiar que puede desarrollar en el futuro, sin tener todavía aprendidos mecanismos de defensa ni posibilidades reales de reacción eficaces frente a dicha violencia.

En relación directa con esta cuestión está la necesidad o no de si el menor tiene que visualizar el acto violento, si basta con que lo escuche o tenga conocimiento directo de él por otros modos, o si basta con que esté en un ámbito cercano, como por ejemplo, en el domicilio mientras duerme y sufra el riesgo de presenciarlo. Para responder estas cuestiones es necesario determinar si para que concurra la agravación es necesario que se produzca el resultado lesivo sobre el menor por la presencia, o si basta con el riesgo de que este resultado lesivo se produzca. Ante el silencio de la doctrina sobre esta cuestión, consideramos que si bien la motivación última de la agravación es el riesgo hacia que el menor sufra un menoscabo por la presencia del acto violento y un aprendizaje de formas incorrectas de desenvolvimiento familiar (sin necesidad de que objetivamente se produzca ese menoscabo en el menor), el riesgo tiene que tener un fundamento objetivo en el que apoyarse, es decir, no cabe una sustentación de la agravante en el riesgo de que el menor sufra un riesgo de mal aprendizaje o lesión. Por tanto es necesario que la presencia del menor sea tan real como que tenga conocimiento directo del acto lesivo, y no la posibilidad de haberlo tenido.

La doctrina³⁶¹ es prácticamente unánime y así la compartimos, al considerar que el término “en presencia de menores” excluye la posibilidad de que se aprecie la agravante cuando la víctima es el propio menor³⁶², salvo cuando existan otros menores presentes, partiendo además de la consideración de que su apreciación infringiría el principio de *ne bis in idem* por cuanto supondría tipificar el hecho tanto por el art. 153-1 como por el hecho 153-3, ambos del Código Penal, por la misma circunstancia; el sujeto pasivo, que integraría tanto la persona sobre la que recae el acto lesivo y la persona que lo presencia.

En cuanto al número de menores que es preciso para que concurra la agravante, aunque el Código Penal se refiera a “menores” en plural, tanto doctrina como Fiscalía³⁶³ y jurisprudencia³⁶⁴ son unánimes al considerar que concurre la

³⁶¹ Y también la Fiscalía, en la Circular 4/2003 de 30 de Diciembre, de la Fiscalía General del Estado, que establece que “no se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor.”

³⁶² En contra, Acale Sánchez, María en “Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 15 2005, pág. 46 manifiesta que “sería absurdo entender que cuando no sólo «presencia» sino que además recibe en su persona los actos de malos tratos, sería aplicable el tipo básico. En este sentido, ha de tenerse en consideración que el Código castiga con más pena la utilización de menores para la elaboración de material pornográfico (art. 189: prisión de uno a tres años) que la exhibición de esa clase de material —con independencia de la edad de las personas que intervengan en dicho material— ante menores (art. 185: prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses). También en contra, Cruz Blanca, María José en “Los subtipos agravados del delito de violencia domestica habitual” Cuadernos de Política Criminal nº 84, 2004, pág. 143 y ss.

³⁶³ Circular 4/2003 de 30 de Diciembre, de la Fiscalía General del Estado; “Del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien.”

³⁶⁴ En este sentido, la sentencia núm. 231/2012 de 4 octubre de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Murcia, condena con dicha agravante por delito de amenazas leves del art. 171-4 y 5 Código Penal cometido en presencia de una única menor de 6 años de edad.

agravante aún en presencia de un único menor, no suponiendo en ningún caso una mayor agravación por incremento en el número de menores presenciales, que solo podrá ser tenido en cuenta en todo caso por el Juzgador como criterio a su libre arbitrio para la individualización de la pena dentro del marco penal.

Finalmente, plantea problemas la consideración del menor en cuanto a si el mismo debe estar o no integrado dentro del núcleo familiar o círculo de personas contempladas en el art. 173-2 Código Penal o basta con que sea cualquier menor. La literalidad del precepto permite considerar la posibilidad de que sea cualquier menor, si bien la doctrina y la jurisprudencia se inclinan hacia la consideración de que el menor presencial debe de estar integrado en el círculo del sujeto pasivo y activo³⁶⁵, en aras a la coherencia, toda vez que sí es exigible la pertenencia a ese círculo cuando el menor es el propio sujeto pasivo³⁶⁶. Eso sí, la integración en el núcleo familiar no implica necesariamente la pertenencia a la familia, y por tanto, deberá considerarse como integrado en el núcleo aquel menor que de forma temporal conviva con ésta (alumno de intercambio, menor que pasa las vacaciones o incluso el fin de semana con la familia del amigo de la escuela), quedando en principio excluidas cuando los hechos ocurren en presencia del menor cuya presencia es meramente accidental (hechos que ocurren en la calle cuando transita un menor, o en la propia casa cuando el menor está de visita).

³⁶⁵ Aunque no necesariamente respecto de ambos. Por ejemplo, la sentencia núm. 63/2011 de 21 febrero de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife reconoce dos tipos de relación de los menores con los sujetos; el hijo menor común del matrimonio, y el hijo menor únicamente respecto del sujeto pasivo – esposa.

³⁶⁶ En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 512.

4-1-3-2-utilizando armas

La primera cuestión que es obligada plantearse es qué se comprende o queda integrado dentro del concepto de armas³⁶⁷, puesto que a la misma no le acompaña, como en otros artículos del Código penal, la expresión “u otros instrumentos peligrosos”. Para parte de la doctrina, el término “armas” es inequívoco y la omisión a otros instrumentos impide que los mismos puedan englobarse dentro de dicho término, y por tanto armas solo lo serán las armas blancas y las armas de fuego³⁶⁸. En sentido contrario, la jurisprudencia admite el uso de instrumentos peligrosos como integradores del tipo penal agravado³⁶⁹.

A nuestro modo de ver, el término arma no debe reducirse al uso de armas de fuego y las denominadas “blancas”, sino que debe estarse a la potencialidad del instrumento que se esté utilizando por el sujeto activo para funcionar como arma, ya que no solo entra dentro del concepto semántico del mismo, sino que guarda

³⁶⁷ Para la R.A.E., arma es un “instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse.”

³⁶⁸ En este sentido, entre otros, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 513; Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 142. Núñez Fernández, José y Requejo Naveros, María Teresa en “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006, pág. 100, también entienden como armas las de fuego y las armas blancas, dejando fuera otros instrumentos como bates de beisbol o palos.

³⁶⁹ Véase la Sentencia núm. 580/2006 de 23 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que penó por el tipo agravado de uso de armas cuando el acusado utilizó un trozo de cristal roto de una mesa para proferir amenazas de muerte. La Sentencia núm. 135/2007 de 11 junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Asturias aprecia la agravante de armas en el artículo 153-1 y 3 Código Penal por el uso de una botella para golpear a la pareja.

coherencia con el sentido teleológico y lógico-sistemático de la agravación, que es el incremento de riesgo que conlleva su uso para la salud y la vida del sujeto pasivo. Considerar que una navaja queda incluido en el tipo penal, y no así el uso por ejemplo, de un atizador de chimenea, un bate de beisbol o una sierra eléctrica , nos parece contrario al espíritu e intencionalidad del legislador y la norma, así como falta de coherencia y sentido.

La doctrina asimismo es unánime al considerar que no basta con portar el arma, sino que ésta al menos debe exhibirse³⁷⁰, cuando no utilizarse³⁷¹. La jurisprudencia por su parte aplica el tipo agravado cuando el arma simplemente se exhibe³⁷², interpretación que nos parece más correcta, considerando que no es necesario que se utilice el arma para el acto lesivo, sino únicamente que se incremente el riesgo hacia la salud o vida del sujeto pasivo.

4-1-3-3-en domicilio común o de la víctima

Esta es una de las agravantes más criticadas por la doctrina³⁷³, teniendo en cuenta que precisamente la violencia en el ámbito familiar, lo más usual es que se

³⁷⁰ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 513.

³⁷¹ Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 142.

³⁷² En este sentido, la Sentencia núm. 11/2006 de 19 enero de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería apreció el delito de maltrato agravado cuando el acusado agarró a la pareja sentimental, y exhibiéndole una navaja, la amenazó.

³⁷³ Por ejemplo, Cortés Becchiarelli, Emilio en V.V.A.A. “Novedades Legislativas en Materia de Maltrato Doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, en *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Becchiarelli, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 260, considera que el tipo penal ya contempla por cuestión de su transformación de falta a delito la presente agravación.

produzca dentro del domicilio familiar cuando se trata de parejas convivientes o cónyuges, y por tanto, es prácticamente intrínseco a la comisión del delito. Asimismo, se critica que cuando el domicilio es solo de la víctima, teniendo en cuenta que es de aplicación la figura del allanamiento de morada, ello podría producir que “tal agravación puede provocar que se acabe imponiendo menos pena al tipo cualificado – art.153 CP– que la que correspondería al concurso de delitos (art. 73), pues el tipo básico del art. 202 prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, y si se ejecuta la entrada con violencia o intimidación, de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Consecuentemente, y además de los por razonamientos apuntados atrás, esta modalidad cualificada habría de ser eliminada por acabar originando el efecto inverso al que pretende”³⁷⁴. A esta argumentación podemos objetar que el allanamiento de morada y el delito de lesiones o maltrato en el ámbito familiar con la agravante de domicilio tienen diferentes fundamentos de punibilidad, toda vez que la primera reposa en el quebranto del art. 18 de la Constitución³⁷⁵, mientras que la segunda descansa en el incremento de desvalor que se produce por la causación del acto violento en el ámbito donde más segura debería sentirse la víctima, no siendo necesario el allanamiento para la concurrencia de la agravante (la víctima puede haber consentido previamente en que el sujeto activo entrara o permaneciera en el domicilio).

³⁷⁴ Ibidem, pág. 260.

³⁷⁵ En este sentido, la Circular 4/2003 de 30 de Diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

A nuestro modo de ver, la presente agravante no es de aplicación automática³⁷⁶, sino que como señala parte de la Jurisprudencia³⁷⁷, debe de haber sido buscado de propósito por el sujeto pasivo en aras de aumentar la desprotección de la víctima³⁷⁸.

³⁷⁶ En este sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 514.

³⁷⁷ Los juzgados y tribunales, sobre todo los Juzgados de lo Penal, tienden hacia una aplicación automática de la agravante de domicilio una vez que concurren los elementos objetivos (por ejemplo, sentencia nº 852/2011 de 2 septiembre de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, o Sentencia núm. 551/2011 de 12 diciembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona) incluso cuando la discusión origen del acto violento se produce estando ya la pareja dentro del domicilio común.

³⁷⁸ Como señala la Sentencia de 16 noviembre 2006 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, "no obstante lo anterior, debe convenirse con el recurrente que la agravación de la pena prevista en el tipo descrito en el art. 153 relativa a la circunstancia de que los hechos típicos se produzcan en el seno del domicilio familiar no supone, sin más, la aplicación de la agravación (sentencia de 14 de noviembre de 2005 [JUR 2006, 71294] dictada por esta misma sección), esto es, el mayor reproche penal en tales casos no se hace depender de esa circunstancia o, lo que es lo mismo, **no es suficiente la concurrencia de esa situación objetiva para aplicar la agravación sino que la misma únicamente debe apreciarse cuando se halle en el ánimo del sujeto activo realizar la conducta en el mismo con la finalidad de asegurar la ejecución del hecho, limitando la capacidad defensiva de la víctima al dificultar la posibilidad de que ésta demande ayuda a terceros o, proceda a una intromisión ilegítima en dicho espacio, cuando carezca de título que le legitime para ello.** Así en el presente caso, si bien los hechos tuvieron lugar en el domicilio familiar lo cierto es que **tal circunstancia no constituyó, por sí misma, una merma de la capacidad defensiva de la víctima** debido a que en ese momento se hallaba acompañada del testigo y, por otra parte, del relato de hechos probados **no se desprende que aquélla circunstancia fuere buscada de propósito por el acusado con la referida finalidad.**" En el mismo sentido la Sentencia núm. 501/2012 de 29 septiembre de la Sección nº 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona dice; "La sentencia incurre en una indebida aplicación del párrafo 3º del artículo 153 del C.P (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por haber ocurrido los hechos en el domicilio familiar. Debemos destacar que dicha agravación no debe operar de forma automática como un mero complemento circunstancial espacial que lleve siempre y en cualquier caso que los hechos ocurran en el domicilio del perjudicado a aplicar dicha agravación, sino que es necesario acreditar una utilización intencionada por parte del agresor de dicho espacio familiar. Así se requiere una utilización del domicilio familiar con la intención de maltratar, utilización del espacio físico para de esta manera asegurarse una mayor facilidad de ejecución de su conducta, dificultando la posibilidad de solicitar ayuda de terceros o incluso de escape de la propia acción. En el presente caso no se cumplen tales indicadores, ocurriendo los hechos en el domicilio familiar como mero espacio donde se produjo la situación familiar que derivó en el tortazo del padre al hijo menor. **Resulta inadecuada la aplicación de la agravación a la conducta del acusado quien no busca que los**

Finalmente, no pueden encuadrarse dentro del concepto de domicilio los elementos comunes de la vivienda con otros domicilios (portal, descansillos, etc....), de manera que solo integra el domicilio la zona de especial protección las zonas de residencia y alojamiento³⁷⁹.

4-1-3-4-quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad. Especial problemática de la participación de la víctima y del uso de pulseras electrónicas

Lo que en principio parece una agravación, toda vez que conlleva la imposición en su mitad superior de las penas previstas en los dos apartados anteriores del mismo artículo, finalmente no está funcionando de forma general sino como una atenuación toda vez que la penalidad del tipo agravado del art. 153-3 absorbe la propia penalidad del art. 468-2³⁸⁰ del que trae causa, ambos del Código Penal. Y ello, por cuanto nos encontramos ante un concurso de normas a resolver en función del art. 8³⁸¹ del

hechos ocurran en el domicilio para con ello garantizarse una mejor ejecución de los mismos o una mayor impunidad.”

³⁷⁹ Sentencia núm. 336/2010 de 23 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid; “El domicilio a efectos jurídico-penales debe tener una consideración única y no cabe tener por tal a zonas de un inmueble que en si no constituyen residencia de una persona y que son objeto de propiedad compartida con otros propietarios. El domicilio lo constituye las dependencias que sirven de residencia y alojamiento de una persona y constituyen un lugar que por su privacidad es objeto de una protección jurídica reforzada.”

³⁸⁰ “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173-2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”

³⁸¹ “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.ª En defecto

Código Penal, atendiendo a los criterios de especialidad, complejidad y mayor penalidad, a favor del primer artículo. De este modo, solo se penará por el art. 468-2 cuando el quebrantamiento no sea conexo a un acto violento, o cuando éste no haya podido acreditarse procesalmente. A estos, efectos, y en la práctica, se han planteado problemas por cuanto parte de la jurisprudencia, en los supuestos en que se habían calificado los hechos como constitutivos de un delito del art. 153-1 (o 2) y 3 Código Penal por la agravante de quebrantamiento, cuando el acto lesivo no queda acreditado pero si el quebrantamiento, y ello porque algunos Juzgados de forma minoritaria han empezado a absolver al acusado en función del principio acusatorio en vez de condenar subsidiariamente por el tipo del 468-2 al considerar que no son delitos homogéneos³⁸² ni presentan identidad fáctica³⁸³ y que por tanto, éste no quedaba incluido dentro de aquel. A estos efectos, la Fiscalía ha comenzado a calificar subsidiariamente como delito de quebrantamiento de condena, para el supuesto de la no posible absolución respecto de la violencia, evitando así lagunas de punibilidad.

de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

³⁸² A este respecto, nos ha sido imposible recopilar dichas sentencias tanto de las bases de datos como de los propios Juzgados, pero se ha tenido conocimiento de ellas por la experiencia laboral del autor como Fiscal, tratándose de jurisprudencia menor recaída en el Partido judicial de Alcalá de Henares, y del que ignoramos si es anecdótica o supondrá a la larga un cambio en la doctrina jurisprudencial, inclinándonos por la primera opción. Entre la jurisprudencia que considera que el tipo del art. 468-2 Código Penal está inserto en el párrafo 3 del art. 153 Código penal, podemos mencionar las Sentencias núm. 583/2009 de 15 septiembre, 589/2009 de 15 septiembre y 595/2010 de 8 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante o la Sentencia núm. 167/2010 de 14 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.

³⁸³ Sobre los elementos sobre condena por un tipo penal distinto al expresamente mantenido por la acusación, véase sentencia núm. 1376/2011 de 23 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En cuanto a la concurrencia de consentimiento de la víctima o persona protegida por la orden, medida cautelar o pena y de si éste exime de responsabilidad penal, bien como causa de atipicidad o bien como causa de justificación, la repuesta debe ser negativa³⁸⁴, toda vez que el fundamento de la agravación no está exclusivamente en la perturbación de la paz familiar, sino que el fundamento de la agravación se encuentra tanto en el mayor desvalor que merece la conducta por su mayor peligrosidad como en la lesión al bien jurídico Administración de Justicia y efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial³⁸⁵ en su necesaria relación con el art. 468-2 Código Penal de quebrantamiento de condena, del que trae causa³⁸⁶. En todo caso es necesario distinguir en los supuestos en que el quebrantamiento es de pena a cuando lo es de medida y orden de protección.

³⁸⁴ En este sentido, la sentencia núm. 430/2012 de 24 mayo de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dice; “Pasando al tercer motivo del recurso, denuncia la indebida aplicación del artículo 468 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por considerar que la conducta relativa al delito de quebrantamiento de condena es atípica al existir consentimiento de la esposa o alternatively por concurrir error de prohibición, cabe señalar en relación a la relevancia del consentimiento dado por la víctima en el cual no es objeto de discusión, que el reciente Acuerdo adoptado por la Sala Segunda, en su reunión, como Sala General, celebrada el 25/11/2008 (JUR 2009, 34004): en relación a la interpretación del art. 468 del CP (en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima) establece que dicho consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP.” El acuerdo del pleno no Jurisdiccional de 25/11/2008 al que se refiere la sentencia aún así no fue unánime, ya que tuvo dos votos en contra, lo que demuestra la escasa unidad de criterio del alto Tribunal.

³⁸⁵ García Alberó, Ramón en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 1944.

³⁸⁶ En contra, Queralt Jimenez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 1280 y ss., así como en “La respuesta penal de la Ley orgánica 1/2004 a la violencia de género” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005, pág. 172 a 180, quien manifiesta que “ha de afirmarse la impunidad de la conducta, en estos casos, no sólo del inductor o cooperador, sino del incumplidor de la medida”, al considerar que no existe lesión al bien jurídico protegido, y en que la medida se impone en contra incluso de la voluntad de la víctima, desapareciendo la situación objetiva de peligro, y que por tanto nos encontramos ante un quebrantamiento formal. Frente a esto podemos objetar que el consentimiento de la víctima no supone en primer lugar la desaparición de la situación objetiva de riesgo, sino de la falta de apreciación de la misma por la víctima, lo cual es diferente. En

En el primer supuesto, nos encontramos ante la consecuencia jurídica del delito impuesta al penado por el delito cometido, y forma parte de la sanción impuesta, la cual en modo alguno puede quedar a discreción de particulares, sino que la ejecución de las mismas se realizará siguiendo las pautas legalmente establecidas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria o Juzgados de lo Penal en los partidos judiciales de los primeros no existieran. En cuanto a las medidas y órdenes de protección, las mismas, aún siendo resoluciones judiciales que merecen el mismo respeto y gozan del mismo principio de autoridad, la finalidad de éstas es diferente, por cuanto no son consecuencias jurídicas impuestas por un delito, sino que traen causa de la necesidad de protección de la víctima. Por ello, y referido a estas, la jurisprudencia ha sido altamente variable a favor y en contra³⁸⁷ de dar validez al consentimiento de la víctima a efectos de integración del tipo penal, para finalmente prevalecer la idea de que el consentimiento no excluye la antijuricidad ni conlleva la atipicidad del hecho.

segundo lugar, consideramos que el bien jurídico sigue siendo lesionado aunque medie el consentimiento, por cuanto no puede quedar en manos de la víctima o del penado la efectividad de una resolución penal, y menos aún, de una sentencia.

³⁸⁷ En contra de otorgar validez al consentimiento de la víctima respecto de un quebrantamiento de Orden de Protección, las Sentencias núm. 10/2007 de 19 enero, núm. 1348/2011 de 14 diciembre, núm. 126/2011 de 31 enero y núm. 39/2009 de 29 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. A favor de otorgar validez al consentimiento de la víctima encontramos la Sentencia núm. 1156/2005 de 26 septiembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o las Sentencias núm. 72/2007 de 16 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete y núm. 55/2006 de 12 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia. Finalmente, diferenciado si nos encontramos ante una medida cautelar u orden de protección (dando validez al consentimiento de la víctima) o ante una Pena (negando dicho consentimiento, la Sentencia núm. 775/2007 de 28 septiembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Desde nuestra posición, el consentimiento de la víctima no puede eximir de responsabilidad penal³⁸⁸, toda vez que como hemos mencionado antes, este no extingue la situación de riesgo objetivo hacia la víctima (si no hubiera situación de riesgo objetivo, en su caso lo que habría que mantener es la nulidad o derogación de la propia orden o medida) ni la falta de respeto al principio de autoridad que emana de la resolución judicial.

En cuanto a la participación de la víctima en el quebrantamiento, a veces incluso induciendo a su comisión y facilitando o solicitando al sujeto activo que reanude la convivencia familiar, si bien desde el punto de vista jurídico nada impide su responsabilidad penal, la realidad contradice dicha afirmación, al ser minoritaria tanto la doctrina como sobre todo la jurisprudencia que acoge dicha posibilidad, tal como veremos al hablar de las órdenes de protección.

En todo caso, debería pensarse al participe cuando el quebrantamiento se realiza también respecto de terceras personas, como son menores, incapaces u otros familiares que convivan con la víctima o a los que afecte el quebrantamiento, sobre todo cuando

388 En el mismo sentido, Jiménez Díaz, María José en “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 417 a 419; o Chocrón Giráldez, Ana María en “Medidas cautelares y su quebrantamiento” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 236. En contra, considerando que el consentimiento implica que ya no es necesaria la protección de la víctima y que la medida queda por tanto extinguida, Cruz Moratones, Carles en “La Ley integral de Medidas de Protección Contra la Violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 159 y 160. También a favor de otorgar validez al consentimiento de la víctima están Fernández Nieto, Josefa y Solé Ramón, Anna María en “El impacto de la mediación en los casos de violencia de género”, Lex Nova S.A.U., Barcelona 2010, pág. 85 y ss., o Hurtado Mullor, María José en “Quebrantamiento de pena y/o medida de seguridad realizada por un adolescente” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 385 y ss.

no exista consentimiento o éste no sea válidamente otorgado, a estos efectos hay que tener en cuenta que los actos realizados respecto de los menores deberán ser hechos siempre en beneficio de los mismos³⁸⁹, por lo que no tendrá validez un consentimiento que ponga en riesgo su integridad, su salud o su vida.

Hay que mencionar que si bien es irrelevante el consentimiento de la víctima, cuando ésta es partícipe o coautora del propio quebrantamiento, éste puede tener importancia en cuanto a la apreciación del error de tipo³⁹⁰ y del error de prohibición³⁹¹, que serán de aplicación según sus propias normas generales.

Finalmente, hay que tener en cuenta la problemática desatada por las pulseras o medios de detección y control de la medida o pena de alejamiento, por cuanto si cuando el sujeto activo se niega a su instalación, rompe la pulsera, no carga la batería o se aleja del dispositivo, nos encontramos ante un quebrantamiento o no. Y ello por cuanto los medios de detección pueden ser impuestos por los Jueces o Tribunales tanto como modo de control, como parte integrante de la pena o medida, y por tanto a priori ha de estarse a la redacción literal del auto o sentencia a efectos de determinar la

³⁸⁹ El art. 154 del Código Civil establece que “los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá **siempre en beneficio de los hijos**, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.”

³⁹⁰ Creencia por parte del sujeto activo de que la petición por escrito del Letrado de la víctima ante el Juzgado de levantamiento de la medida cautelar o de la pena, equivale al propio levantamiento de las mismas. La Sentencia núm. 249/2010 de 19 octubre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia niega la posibilidad de apreciar error de tipo por creer que ya no estaba vigente la orden por el consentimiento, por la negativa de los cónyuges a declarar. Aprecia error invencible de tipo la Sentencia núm. 69/2006 de 20 de enero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

³⁹¹ Creencia por parte del sujeto activo de que si hay consentimiento de la víctima no se está infringiendo la orden de alejamiento o medida. Aprecia el error de prohibición vencible la Sentencia núm. 383/2010 de 2 julio de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.

naturaleza de ésta. Sin embargo, y aunque ello es una práctica relativamente habitual en los juzgados, esencialmente de Instrucción (para determinar la instrucción o no de los hechos y su posterior enjuiciamiento) y de lo Penal (a la hora de dictar sentencia), es de precisar dos cuestiones: El art. 48-4 Código Penal ³⁹² que contempla expresamente la imposición de medios electrónicos lo hace como modo de control, no incluyéndolo dentro del catálogo de medidas, lo que parece indicar que no es una de éstas. Por tanto, cabe preguntarse si aún siendo considerado por el legislador como una medida de control, una vez que se impone en el auto el control de la medida por medio de la pulsera, se incurre o no en un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar. En este sentido, la Circular 6/2011 de la Fiscalía General de Estado manifiesta que si el penado rompe la pulsera, “en este caso, no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera”.

A ello hay que añadir la segunda consideración, y es que la prohibición constitucional³⁹³ de imponer al acusado trabajos forzados conlleva la posibilidad de que el acusado o condenado se niegue a portar la pulsera o a realizar los actos necesarios para el mantenimiento de la misma apta para su buen funcionamiento (portar tanto la pulsera como el dispositivo del que ésta depende, y cargar la batería de forma periódica), por lo que, al igual que una pena de trabajos en beneficio de la

³⁹² “El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

³⁹³ Artículo 25-2 de la Constitución Española

comunidad, la imposición del medio electrónico conlleva el obligatorio consentimiento del sujeto activo³⁹⁴ (y también del pasivo, por cuanto es necesario que el sujeto pasivo también porte la pulsera).

Partiendo de estas dos consideraciones entendemos que solo cabe hablar de quebrantamiento cuando el sujeto activo diera su consentimiento y aceptara la imposición de la pulsera con las obligaciones de mantenimiento y portabilidad que la misma conlleva³⁹⁵, y en la consideración de que la resolución judicial (auto o sentencia) que la imponga la contemple como parte integrante de dicha medida, y no como control de la misma, pues si bien es cierto que el art. 48-4 Código Penal la contempla como medio de control de la medida, una interpretación amplia unido a la necesidad de protección de las víctimas puede llevarnos a considerar que dicha medida de control se ha contemplado en apartado separado del catálogo de medidas por cuanto no siempre es necesaria su adopción, pero cuando la misma se impone por su naturaleza de norma penal incompleta es necesaria su relación con la medida de alejamiento ante la imposibilidad de su imposición individualizada de ésta, y una vez adoptada, forma parte intrínseca de la misma. Ello, por cuanto las necesidades especiales del caso concreto que aconsejan su imposición para la protección de la

³⁹⁴ La Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado considera que puede ser constitutivo de un delito de desobediencia del art. 556 Código Penal el hecho de no colaborar con el adecuado mantenimiento y funcionamiento del brazalete o pulsera, si hubo requerimiento previo y advertencia de incurrir en dicho delito. En este sentido manifiesta que “se podría estar ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial, y el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento de que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control”.

³⁹⁵ En caso contrario, solo cabría hablar de la posibilidad de que el Juzgado procediera en aras de la protección de la víctima o imponer medidas cautelares que pudieran ser incluso más graves (como la de prisión) o a la no concesión de beneficios penitenciarios cuando el mismo ya estuviera condenado.

víctima por la especial gravedad de la situación objetiva de riesgo hacen ineficaces las medidas ensimismas sin la imposición de la pulsera, y solo en una consideración global de imposición de medida y pulsera tiene sentido la medida cautelar, por cuanto sin esta última la primera no cumpliría íntegramente sus fines de protección.

4-1-4 Art. 153-4 en relación al art. 153-1, 2 y 3 CP. Tipo privilegiado de maltrato.

“No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”

La atenuación contemplada no presenta ningún problema práctico en cuanto a su aplicación, salvo el excepcional uso que se realiza del mismo, teniendo en cuenta que su fundamento no se encuentra en la concurrencia del especial elemento subjetivo de dominación, sino en las especiales circunstancias que concurren en el caso concreto respecto de su autor y del propio hecho, de manera que la penalidad se ajuste a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³⁹⁶.

³⁹⁶ Circular 4/2005 de 30 de Diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

4-2 Art. 148-4 y 5 CP. El delito de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor.

4-2-1 Art. 148-4 y 5 CP.

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior³⁹⁷ podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: (...) 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. 5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

4-2-1-1-Sujetos; especialidades respecto al tipo de lesiones sin tratamiento o maltrato

Los sujetos de estos dos apartados del artículo son los mismos que los previstos en el art. 153-1 Código Penal, y son de consideración todas las manifestaciones planteadas respecto a los mismos, con la especialidad que no se recoge otra figura específica cuando el acto lesivo con tratamiento médico o quirúrgico es cometido contra cualquiera de las otras personas del círculo familiar, o el sujeto activo no es el hombre-marido o pareja sentimental, por lo que para éstos supuestos habrá que

³⁹⁷ El art. 147-1 Código Penal reza; “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La imple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. (...) “

acudir al tipo básico del art. 147-1 Código Penal con la agravante de parentesco y/o de cometer el delito por razón de sexo, orientación o identidad sexual.

Asimismo, hay que tener en cuenta el posible concurso del apartado relativo a la especial vulnerabilidad con el artículo 148-3º Código Penal, el cual prevé el tipo agravado *“si la víctima fuere menor de doce años o incapaz³⁹⁸”,* sin necesidad de convivencia³⁹⁹ y sin necesidad de acreditar la especial vulnerabilidad a que se refiere el apartado 5. En el supuesto en que nos encontremos ante un incapaz o un menor de 12 años dentro del círculo familiar del sujeto activo, habrá que determinar si por dichas circunstancias nos encontramos o no ante personas especialmente vulnerables, y una vez acreditada la especial vulnerabilidad, el concurso de normas se resolverá en atención al art. 8 Código Penal, y por los criterios de especialidad y complejidad será de aplicación preferente el apartado 5⁴⁰⁰.

Otra cuestión es si la inclusión del art. 148-3 Código penal supone o no un elemento a tener en cuenta a nivel interpretativo. Si bien dicho artículo no se

³⁹⁸ Sentencia núm. 781/2004 de 8 septiembre de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; “También concurre el otro requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y consistente en que ese dato objetivo y cronológico de la menor edad de la víctima esté abarcado por la culpabilidad de los acusados de lo que no cabe duda en este caso pues uno de ellos es el padre de Daniel y la otra la madrastra, conviviendo juntos, aunque en las circunstancias especiales e ignominiosas relatadas en los hechos declarados probados.”

³⁹⁹ En contra, Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 121, que exige la convivencia de los sujetos activo y pasivo.

⁴⁰⁰ Cuando el menor o incapaz no sea persona especialmente vulnerable, será de aplicación el apartado 3, con la agravante de parentesco del art. 23 Código Penal. Dicha agravante de parentesco no será de aplicación cuando nos encontramos con un delito de comisión por omisión, puesto que la posición de garante deviene de la relación familiar, y por tanto se infringiría el principio de *ne bis in idem*; véase la Sentencia núm. 131/2007 de 4 mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava.

contempla con especialidad para la violencia en el ámbito familiar y por tanto no es preciso que el menor o incapaz sean del círculo del sujeto activo, hay que tener en cuenta que puede afectar a la consideración de la gradación de la especial vulnerabilidad, por cuanto la misma parece que ya se prevé a los incapaces y a los biológicamente menores de 12 años sin necesidad de acreditación de ninguna otra circunstancia que afecte a la vulnerabilidad. ¿Podríamos decir entonces que la especial vulnerabilidad viene siempre determinada por el factor biológico (12 años) o por la incapacidad del art. 25 Código Penal⁴⁰¹? ¿Un incapacitado por prodigalidad cinturón negro de judo es ya de por sí una persona especialmente vulnerable partiendo de una presunción *iuris et de iure* por el hecho de la incapacitación?

Nada se plantea la doctrina a este respecto, que no llegan a establecer conexiones a estos niveles entre el apartado 3 y 5, y que se remiten en cuanto a la incapacidad al artículo 25 del Código Penal⁴⁰² o se pronuncian manifestando que la incapacidad debe presentar el grado de desvalimiento de un menor de 12 años⁴⁰³, si bien y en todo caso, hay una oposición generalizada de la doctrina a la aplicación

⁴⁰¹ “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.”

⁴⁰² Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 208; Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial” 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 144.

⁴⁰³ Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 121.

automática de la agravante del apartado 3, condicionándola al agravamiento de riesgo para la integridad física⁴⁰⁴.

Desde nuestro punto de vista y en cuanto a la minoría de edad de doce años, consideramos que el legislador ya ha tenido en cuenta un límite de edad considerablemente bajo (puesto en relación con el resto del articulado penal, como los 13 años para los tipos agravados contra la libertad e indemnidad sexual, los 14 para la imputabilidad, o lo 18 para la mayoría de edad) y partimos además que por muy grande o desarrollado que físicamente sea el menor, éste no ha entrado ni siquiera en la adolescencia. Por ello, la edad objetiva de 12 años consideramos que sí constituye una realidad iuris et de iure de mayor riesgo e indefensión frente al resto de los sujetos pasivos. Todo ello sin perjuicio de que mayores de 12 años presenten características y circunstancias que impliquen también la agravación como persona especialmente vulnerable o por aplicación de las agravantes genéricas de alevosía o abuso de superioridad⁴⁰⁵. A ello hay que unir el hecho de que además, el incremento de pena respecto del art. 147-1 Código Penal no es automático, por lo que, aún entendiendo que concurre el tipo del 148-3 del mismo Código, puede seguir imponiéndose la misma pena e incluso el tipo privilegiado del art. 147-2 Código Penal⁴⁰⁶. Por tanto,

⁴⁰⁴ Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. "Derecho Penal Parte Especial" 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 144.

⁴⁰⁵ Art. 22-1 y 2 respectivamente del Código Penal.

⁴⁰⁶ "No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido."

entendemos que la menor edad es de aplicación automática una vez que concurre el elemento biológico, y éste es abarcado por el dolo del sujeto activo⁴⁰⁷.

En cuanto a la incapacidad, aquí sí que entendemos que la incapacidad de por sí no implica una situación de mayor indefensión o un incremento de riesgo hacia el mismo, sino que habrá que estarse a la naturaleza del hecho y de las circunstancias de la incapacidad del sujeto pasivo para determinar si las mismas integran o no el tipo penal. No es lo misma una incapacidad que deviene de una tetraplejia que una incapacidad por prodigalidad en cuanto al manejo de sus bienes, puestas en relación frente a una agresión física. Aplicando un mínimo de sentido común, así como ateniéndonos a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, e incluso de igualdad, la incapacidad debe conllevar respecto al acto lesivo una mayor puesta en peligro del incapaz o suponer un mayor reproche penal por cuanto exista una mayor lesividad frente al mismo. Por estas consideraciones no podemos considerar que quepa una presunción iuris et de iure de que la incapacidad conlleve este mayor reproche penal, y por tanto, no cabría su aplicación automática.

⁴⁰⁷ En contra del automatismo, la Sentencia núm. 131/2007 de 4 mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava manifiesta que **“el artículo 148 establece una agravación potestativa, dejada al arbitrio judicial, y por ello necesitada de una cautelosa aplicación para no dar pie al simple automatismo.** Pero también vemos que las razones para aplicar dicha agravación derivan de manera natural del relato de hechos probados y del conjunto de la fundamentación jurídica de la sentencia, como permite el Tribunal Constitucional para satisfacer el deber de motivación. En efecto, pocas dudas pueden caber del "riesgo producido" (art. 148 CP.) al agredir a una persona de pocas semanas de edad, ocasionándole los problemas respiratorios y fracturas óseas que describe la resolución de instancia. La entidad de las lesiones, la edad de la víctima, el escaso tiempo transcurrido entre los distintos incidentes, etc., en general, toda la sentencia nos conduce hacia el tipo agravado y expone por qué.”

Finalmente, y en cuanto a si la minoría de edad o la incapacidad arrastra interpretativamente hablando a la expresión persona especialmente vulnerable, desde nuestra posición entendemos que no. No podemos negar su importancia como un criterio interpretativo más, pero entendemos que no es el único y que no cabe una equiparación absoluta entre los 12 años y la incapacidad, y la persona especialmente vulnerable⁴⁰⁸. Entendemos que la especial vulnerabilidad conlleva un mayor plus de reprochabilidad que no va enmarcado por un límite biológico (12 años) o por la declaración de incapacidad, sino que su ámbito de aplicación es más extenso por cuanto trae causa en el cúmulo de circunstancias concretas (y no de una sola) del sujeto pasivo y en el modo en que dichas circunstancias se relacionan con el sujeto pasivo y con el acto lesivo realizado. Por ello, entendemos que por ejemplo, concurriría la especial vulnerabilidad respecto de un menor de 10 años por un golpe de su madre cuando el mismo está con su padre, que procede a ejercitar una defensa de dicho menor. En este supuesto, la especial vulnerabilidad que se le puede presuponer por su edad se ve compensada por el resto de circunstancias concretas concurrentes, como es la presencia paterna y el ejercicio de su posición de garante.

4-2-1-2-Conducta

La conducta típica consiste en causar lesión que requiera tratamiento médico o quirúrgico, según lo dispuesto en el art. 147-1, al cual cualifica en función de los

⁴⁰⁸ La jurisprudencia no aprecia tampoco automáticamente la especial vulnerabilidad por la edad inferior a 12 años del sujeto activo. La Sentencia núm. 114/2011 de 9 noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara no aprecia especial vulnerabilidad en niña menor de 4 años; igualmente la Sentencia núm. 404/2011 de 6 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona respecto de una menor de 3 años o la Sentencia núm. 180/2009 de 27 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid respecto de hijo menor de 7 años; La Sentencia núm. 133/2012 de 22 marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona absuelve aplicando el derecho de corrección revocando una primera sentencia del Juzgado de la Penal que apreciaba la especial vulnerabilidad a un menor de 10 años.

sujetos activo y pasivo, constituyendo por tanto un delito cualificado respecto de éste, y un delito especial impropio.

4-2-1-3 Consentimiento

Son de aplicación los mismos argumentos expuestos que al hablar del art. 153-1 Código Penal en el apartado 4-1-1-6, teniendo en cuenta que dado que la degradación que la falta del elemento de dominación inherente a la existencia del consentimiento no es a falta, sino a delito, la especialidad estribaría única y exclusivamente desde el punto de vista de la aplicación del art. 155⁴⁰⁹ Código Penal, cuando proceda rebajar en dos grados la pena. Son de aplicación igualmente los mismos argumentos expuestos respecto del estado de necesidad.

4-2-1-4-Penalidad; especiales referencias a la ausencia de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y al término “podrán imponer”.

Nuevamente, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4-1-1-8 en cuanto a diferencia de penas a imponer en función de los diferentes sujetos activos y pasivos, la constitucionalidad de la agravación⁴¹⁰ por cuanto la desigualdad de trato que se produce cuando la víctima es esposa o pareja del sujeto activo respecto del resto de

⁴⁰⁹ “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior e uno o dos grados”.

⁴¹⁰ En este sentido, véase la Sentencia núm. 41/2010 de 22 de Julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, referida expresamente el art. 148-4 Código Penal, que manifiesta que “la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aún estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.”

sujetos o la obligatoria imposición de la prohibición de comunicación y aproximación a la víctima, si bien es preciso realizar algunas apreciaciones.

En primer lugar, resulta llamativo y extraño que la penalidad del artículo, a pesar de que contempla conductas más lesivas que la contempladas en los artículos 153, 171-4 y 5 y 172-2, no contempla a diferencia de éstos, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. La perplejidad que ello produce no encuentra ninguna fundamentación desde el punto de vista de política-criminal, de función y fines de la pena, o del derecho penal simbólico (al que además sería contraproducente). La única explicación plausible es que el legislador olvidara incluir dicha pena al introducir las agravantes, que al ser inherentes al art. 147 y no al 153, no venían contempladas de antemano. Pero dicha explicación deja de tener sentido cuando ha transcurrido aproximadamente una década desde su aprobación, y la penalidad no ha sido reformada para incluir la pena omitida, la cual además, no puede imponerse por cuando no aparece contemplada entre las penas accesorias del art. 48 Código Penal, en relación al art. 57 del mismo cuerpo legal.

En segundo lugar, el término “podrán imponer” permite, la punición del delito con las penas señaladas tanto en el tipo básico del art. 147-1 Código Penal, como en el tipo privilegiado del apartado 2 del mismo artículo⁴¹¹. Ello tiene especial importancia

⁴¹¹ En contra, Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 205, con base en jurisprudencia parcial del Tribunal Supremo, en la consideración de que cuando concurre el elemento objetivo de la agravación, y además se produce la agravación del riesgo o el resultado, siempre ha de apreciarse el tipo agravado, sin especificar si aún así deben imponer la penalidad de 2 a 5 años prevista. Podemos objetar que la apreciación de concurrencia de la agravante y la apreciación de que nos encontramos ante el tipo penal del art. 148-4 o 5 Código Penal no necesariamente tiene que comprender la imposición obligatoria de la pena de 2 a 5 años, puesto que el propio legislador no ha utilizado el término “impondrán” que sí tiene

cuando nos encontramos con una agresión mutua en la que ambos cónyuges se agredan mutuamente causándose lesiones que requieran tratamiento médico y/o quirúrgico, ya que permite la imposición de la misma pena para ambos cuando la conducta nos merezca el mismo reproche penal, aún sin tener que fundamentar la no concurrencia del elemento subjetivo de no dominación o machismo, incluso cuando el elemento de desprecio por razón de sexo concorra en ambos.

4-2-1-5- Bien jurídico, tipo subjetivo y concursos: remisión a otros apartados y especialidades en su caso

En cuanto al bien jurídico, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 2-2 y 4-1-1-2, sin que sea de reseñar ninguna especialidad o aspecto problemático diferente a lo ahí expuesto.

En cuanto a la concurrencia dentro del tipo subjetivo de un específico elemento de dominación y/o machismo, es de reiteración lo dispuesto en el apartado 4-1-1-4 referido al art. 153-1 Código penal, sin que quepan nuevas consideraciones o problemática diferente por este motivo, si bien hay que precisar que la degradación por la no concurrencia del elemento de subjetivo no es a falta, sino al tipo básico de lesiones del art. 147 Código Penal.

carácter imperativo, que estaríamos en una interpretación restrictiva contraria a reo y que dificulta la adaptación de la pena a todas las concretas circunstancias concurrentes en el hecho delictivo, partiendo de la consideración parcial de algunas de ellas. Comparten el carácter potestativo de la penalidad Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. "Derecho Penal Parte Especial" 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 142.

En cuanto a los concursos, son de aplicación las mismas consideraciones que hemos expuesto en el apartado 4-1-1-9 respecto a los concursos del art. 153-1 Código Penal.

4-3 Art. 171-4 CP de amenazas leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor, y art. 171- 5 CP de amenazas leves con armas respecto y falta de amenazas leves sin armas del art. 620-2 inciso final para el resto de integrantes del núcleo familiar.

4-3-1 Art- 171- 4 CP. de amenazas leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor.

“El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

Parte de la doctrina⁴¹² encuentra el fundamento de la sobre gradación de falta a delito de las amenazas leves en que las amenazas forman parte de los primeros

⁴¹² Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-

escalones del ciclo de la violencia, a partir del cual comienza una escalada de violencia que acaba desembocando en la comisión de actos de violencia física, de manera que nuevamente la gravedad de la amenaza no estriba en la amenaza en sí, sino en que ésta es representativa de una forma más de sometimiento de la mujer por el hombre como producto de una discriminación histórica. Sin restar credibilidad a esta afirmación, no podemos generalizar. No es lo mismo una amenaza leve casual realizada dentro de un contexto puntual (disputa matrimonial durante una separación por quien se queda la videoconsola) de la amenaza leve vertida dentro de un contexto generalizado y habitual que se ejerce con ánimo de dominación, menoscabo de la autoestima de la víctima, como medio de creación de una situación continuada de angustia y de un clima de terror generalizado. Y si bien es cierto que toda habitualidad y todo ciclo comienza por un primer paso, el legislador no puede penar por pasos que todavía no se han dado, es decir, por actos que todavía no se han cometido y que no sabemos si van a cometerse. Por ello, la existencia del art. 171-4 Código Penal no puede encontrar fundamento en el ciclo de la violencia, por cuanto hablamos de una única amenaza y además de carácter leve, y teniendo en cuenta la existencia de los apartados 5 y 6 del mismo artículo previstos para el resto de sujetos del art. 173-2 Código Penal, o incluso las personas especialmente vulnerables del apartado 4.

No podemos sino criticar la inclusión de las amenazas leves (de género y no de género) como delito toda vez que estamos penando hechos que el propio legislador considera como de mínima gravedad con una penalidad exorbitada comparativamente

2013, pág. 448; “estas conductas abandonaron el ámbito de las faltas porque el legislador estimó que era positivo atajar el germen de la violencia desde los primeros síntomas. En resumidas cuentas y según el ciclo de violencia de WALKER el sujeto primero amenaza y después pasa al ejercicio de violencia.”

hablando con el art. 620-2 Código Penal, por hechos que por su propia definición (leve) apenas tienen en sí mismas consideradas relevancia penal. El hecho de que las mismas puedan derivar en actos más graves no precisa de la gradación de las mismas como delitos, ya que para eso se contemplan otros tipos penales como la violencia habitual o las amenazas graves, que resolverían más satisfactoriamente el problema del ciclo de la violencia, sin tener que recurrir a un derecho de autor en el que ni siquiera sabemos si el autor es realmente un maltratador, simplemente por su pertenencia a un género concreto (y en el supuesto del apartado 5 que se analizará posteriormente, por la simple integración en un núcleo familiar).

El único fundamento plausible que encontramos, aunque no compartimos, de la existencia del art. 171-4 (así como el 5 y el 6) del Código Penal es la especial protección que el legislador otorga al bien jurídico familia y que conlleva el incremento de la penalidad. Solo la diferencia de trato entre el apartado 4 y 5 del artículo (amenazas leves en el primero y amenazas leves con armas en el segundo) tiene base en la discriminación histórica hacia la mujer por parte del hombre. No compartimos la tipificación efectuada por el legislador. En primer lugar solo se ha incrementado la pena en las amenazas leves, no habiéndose modificado por cuestión del bien jurídico familia ni por cuestión de género las restantes amenazas. En segundo lugar, el propio tipo penal especifica la levedad de la amenaza, y por tanto, que estamos ante hechos que rozan la irrelevancia penal, por lo que resulta incoherente su puesta en relación con la elevada penalidad que se le asocia (hasta un año de prisión y privación obligatoria del derecho de aproximación por tiempo de un año superior al tiempo de prisión impuesto). En tercer lugar y como ya hemos mencionado, cuando la amenaza forma parte de un ciclo de violencia, ya existe un tipo penal que recoge el

mismo, cual es el art. 173-2 Código Penal de Violencia Habitual, por lo que el art. 171-4 Código Penal recoge únicamente la amenaza leve de forma aislada y no como integrante de ningún ciclo.

4-3-1-1-Sujetos, bien jurídico, tipo subjetivo y penalidad; remisión a otros apartados

Los sujetos son los mismos que los expuestos en el apartado 4-1-1-1 al hablar del art. 153-1 Código Penal, la problemática que presente es la misma y hemos de mantener todas las consideraciones expuestas en dicho apartado.

Respecto del bien jurídico protegido en el delito de amenazas leves hemos de remitirnos a lo expuesto en el apartado 2-2, de manera que éste hemos de entenderlo como pluriofensivo, integrado tanto por la libertad en concepción de la capacidad para formar y ejercer libremente la libertad⁴¹³, como por la familia (en la concepción mantenida por esta parte).

En cuanto a la concurrencia dentro del tipo subjetivo de un especial elemento de dominación y/o machismo, son de mencionar todas las argumentaciones expuestas en el correlativo apartado 4-1-1-4, teniendo en cuenta que finalmente, y al igual que

⁴¹³ Quintero Olivares, Gonzalo en V.V.A.A. "Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal", Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 207. Véase también Durán Ferrer, María en "Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en *Artículo 14 Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 17, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004, pág. 8. A nivel de jurisprudencia, la sentencia núm. 832/98 de 17 de Junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo manifiesta respecto de las amenazas; "siendo el bien jurídico protegido la libertad y la seguridad, es decir "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida". Sobre la libertad como valor a proteger y como bien jurídico protegido en los delitos de amenazas, véase Caruso Fontán, María Viviana en "Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual", Tirant Monografías, Valencia 2006, pág. 89 a 139.

respecto al art. 153-1 del Código Penal, la jurisprudencia, tras fluctuar de una postura a otra, parece exigir el elemento de dominación, sumisión y/o machismo⁴¹⁴.

Finalmente, en cuanto a la penalidad son de aplicación los mismos argumentos reseñados en el apartado 4-1-1-8, en cuanto a la obligatoria imposición de la prohibición de aproximación prevista en el art. 57 Código Penal.

4-3-1-2-Conducta

La conducta consiste en expresar de cualquier modo al sujeto pasivo que se le va a hacer algún mal al mismo o a algún ser querido. La amenaza se puede efectuar de forma verbal, por escrito o de forma gestual, e incluso, a través de intermediarios o medios mecánicos cuando hay certeza o alta probabilidad de que la amenaza va a llegar a su destinatario⁴¹⁵ (por ejemplo, a través de los hijos⁴¹⁶, parientes cercanos o

⁴¹⁴ Véase la Sentencia de fecha 25 de enero de 2008 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, o las Sentencia núm. 117/2013 de 15 febrero o núm. 262/2012 de 31 de octubre de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia.

⁴¹⁵ La Sentencia núm. 316/2012 de 30 julio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Tenerife condenó por amenazas expresiones vertidas utilizando como intermediario al padre de la víctima.

⁴¹⁶ Sentencia núm. 262/2012 de 13 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, condena por amenazas vertidas hacia la esposa a través del hijo, si bien no apreció el elemento subjetivo y calificó como falta. Doctrinalmente, López Peregrín, Carmen en “Amenazas, coacciones y violencia de género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 257.

amigos⁴¹⁷, –mientras no sean a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁴¹⁸–, o mediante mensajes de voz o electrónicos⁴¹⁹).

La amenaza debe ser de naturaleza leve⁴²⁰, y el mal implica la causación de algún tipo de perjuicio, el cual a priori debe ser real, concreto y determinado⁴²¹, circunstancias que deben desprenderse tanto de los hechos concretos como de su

⁴¹⁷ La Sentencia núm. 396/2010 de 15 julio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condena por amenazas contra la esposa efectuadas por llamada telefónica al móvil de la amiga de ésta.

⁴¹⁸ La Sentencia núm. 84/2012 de 6 marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza se manifiesta en el siguiente sentido; “En el caso presente las expresiones que recoge el relato fáctico **fueron proferidas por el recurrente estando custodiado por los agentes policiales, encontrándose la víctima a escasa distancia**. Efectivamente ello constituye el anuncio de un mal, pero, como se desprende de los requisitos jurisprudenciales citados, **debe ponerse en relación con las circunstancias concurrentes: en presencia de los agentes de la autoridad. Sólo por ello, tal expresión aun en sentido futuro, en el caso presente se demuestran como irrelevantes**, como se desprende de la actitud de la víctima en acto del juicio, por lo que debe dictarse sentencia estimatoria en parte, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.” En igual sentido se pronuncia la Sentencia núm. 11/2012 de 11 enero de la misma Sección.

⁴¹⁹ Por ejemplo, la Sentencia núm. 304/2006 de 11 octubre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza condena por amenazas vertidas en el buzón de voz del teléfono móvil.

⁴²⁰ Sentencia núm. 717/2005 de 18 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “El criterio de la Jurisprudencia manifestado, entre otras, en las Sentencias de 11-2 y 23-4-1977, 4-12-1981 (RJ 1981, 4973) , 12-2-1985 (RJ 1985, 946) , 6-3-1985 (RJ 1985, 1580) , 23-5-1985, 27-6-1985, 20-1-1986, 13-2-1989, 30-3-1989 (RJ 1989, 2775) , 23-5-1989, 3-7-1989, 11-9-1989, 23-4-1990 (RJ 1990, 3300) , 18-11-1994 (RJ 1994, 9209) y 25-1-1995 (RJ 1995, 495) , es que la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, **es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias**, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal”.

⁴²¹ Sánchez Tomás, José Miguel en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch - Valencia, 2011, pág. 361.

puesta en relación con las restantes circunstancias en que se desenvuelve la dinámica familiar⁴²²

A efectos del presente tipo penal es indiferente que la amenaza sea condicional o no, o que se haya conseguido el propósito buscado con la amenaza. Deben incluirse también entro del tipo penal las amenazas leves con armas o instrumento peligroso siempre y cuando concurren los mismos sujetos activo (hombre) y pasivo (mujer-esposa o pareja), y no procede por tanto la aplicación del apartado 5. Tampoco cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable.

⁴²² Para la sentencia núm. 593/2003 de 16 de Marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el delito de amenazas "se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo". Para las sentencias núm. 1504/2001 de 23 de julio y 832/98 de 17 de Junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, o la sentencia núm. 651/2012 de 3 septiembre de la Sección nº 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona "el criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso". Asimismo, la Sentencia núm. 31/2008 de 18 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza condena por las amenazas de un mal indeterminado puesto en relación al armamento que guardaba el sujeto activo en la vivienda, y a posteriores hechos delictivos llevados a cabo contra la víctima; "este delito eminentemente circunstancial se basa por las acusaciones en la frase **"si sigues por ese camino te va a ir muy mal"** dicha en el contexto de las relaciones de convivencia deterioradas que en ese momento existían entre los cónyuges, y **si bien es cierto que no se concreta el mal que se pretende inferir, la realidad es que el acusado, como más adelante se dirá, posteriormente perpetró dos actos de abusos sexuales contra su esposa**, es decir, dos de los delitos a que se refiere el artículo 169 que habla de anunciar, entre los posibles, delitos contra la libertad sexual, que efectivamente se cometieron por Oscar contra la mujer. Aquel niega que con esa frase pretendiera amenazar a Andrea y afirma que lo que quería decir es que si no cambiaba de actitud acabaría separándose de ella, intención que en modo alguno queda probada en la causa en la que, antes bien, se deduce la expuesta con anterioridad ya que es la ratificada por el comportamiento posterior del acusado. **Amén de lo anterior, Oscar estaba en posesión de tres escopetas y una vara de pastor, objetos claramente aptos para causar daños las personas, lo que avalaba su posición intimidatoria.**"

4-3-1-3-Concursos

Son de aplicación las normas concursales comunes a los delitos de amenazas no intrafamiliares ni de género.

Cuando la amenaza se expresa en unidad de acción con la realización del mal, nos encontramos ante un concurso de normas, quedando absorbida la amenaza por el delito más grave⁴²³, e igualmente cuando concurre conjuntamente con otro acto lesivo pero dentro de la misma unidad de acción aunque la amenaza no coincide plenamente con el mal amenazado pero se profesa bajo el mismo dolo, lo que ocurre esencialmente por su concurrencia con hechos típicos del art. 153 Código Penal⁴²⁴. En

⁴²³ Sentencia núm. 677/2007 de 20 julio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; "La amenaza presupone que el mal amenazado no ha tenido todavía comienzo de ejecución. Por el contrario, cuando la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución de la misma y éste es por sí mismo punible (en este caso como tentativa de homicidio), sólo puede configurar un concurso de normas o aparente de leyes que se resuelve por el criterio de la consunción, pues el contenido de la ilicitud de la ejecución absorbe el de la amenaza."

⁴²⁴ Sentencia núm. 98/2011 de 14 febrero de la sección nº 27ª de la Audiencia provincial de Madrid; "Por otra parte la jurisprudencia recaída en relación a la progresión delictiva se pronuncia por la existencia de un tipo delictivo único pese a la diferencia de los comportamientos y con una finalidad "pro reo" dada la evidente falta de proporcionalidad punitiva, **cuando los hechos producen sin solución de continuidad y el dolo criminal, la acción básica derivan de un todo único y de una conducta compacta y uniforme, de manera que el desvalor del primer hecho está absorbido por el más grave.**" En el mismo sentido, la Sentencia núm. 402/2011 de 17 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid. Por su parte, la Sentencia núm. 1188/2010 de 30 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; "Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de acciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio. Así la jurisprudencia ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS. 15.2.97, 19.6.99, 7.5.99, 4.4.2000) "cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha". En esta dirección la doctrina considera que denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgados como una sola acción. En este sentido se ha señalado que esta solución está prevista para en casos en los que un primer acto encadenado estrictamente a otros que hace posibles, o supone la preparación para un determinado

contra se pronuncia López Peregrín⁴²⁵, que considera la concurrencia de un concurso de delitos, normalmente ideal, cuando se lesionan otros bienes jurídicos como la integridad física.

El art. 74-3⁴²⁶ a priori impide la apreciación del delito continuado, por cuanto la libertad es un bien jurídico personalísimo y dicho artículo exceptúa la posibilidad de aplicar el delito continuado respecto de los delitos que afecten a bienes eminentemente personales. Igualmente, la doctrina considera la imposibilidad de aplicar dicho delito continuado⁴²⁷ en base a ese mismo criterio. Sin embargo, a pesar

objetivo, o cuando los actos siguientes se desarrollan o proceden directamente del precedente. En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina, de unidad normativa de acción, casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, careciendo de sentido descomponerlo en varios actos delictivos, por cuanto la lesión delictiva solo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación (STS. 580/2006 de 23.5 (RJ 2006, 3339)). En el caso presente, como ciertamente la amenaza presupone que el mal generado no ha comenzado a efectuarse, cuando por el contrario, la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución a la misma y este por sí mismo es punible (por ejemplo tentativa de homicidio o lesiones), solo puede configurar un concurso de normas que se resuelve quedando absorbidas las amenazas en el delito intentado (SSTS. 677/2007 de 20.7 (RJ 2007, 5170), 180/2010 de 10.3 (RJ 2010, 4069)), esto es **el ánimo de lesionar absorbería las amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión, en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP . y no por el concurso de delitos, amenazas u ofensas que habrían de regularse, por tanto, en una sola infracción, art. 153 a medir por la total acción efectuada** (STS. 580/2006 de 23.5 (RJ 2006, 3339)). Supuesto que sería el del caso presente en el que la amenaza se produce "al mismo tiempo" que el guantazo a la cara de la mujer, esto es sin solución de continuidad, por lo que ha de quedar absorbido en el delito de maltrato."

⁴²⁵ López Peregrín, Carmen en "Amenazas, coacciones y violencia de género" en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 275.

⁴²⁶ "Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores (delito continuado) las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En este casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

⁴²⁷ Acale Sánchez, María en "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal", Editorial Reus S.A., Madrid 2006, pág. 222; "En tanto en cuanto la libertad es un bien jurídico de carácter personalísimo, no cabe aplicar las reglas del delito continuado, con

de lo dispuesto en el art. 74-3 Código Penal, lo cierto es que la jurisprudencia, en contra de su propio criterio respecto a los delitos de amenazas no de género, aplica de forma habitual el delito continuado⁴²⁸, sin oposición de la Fiscalía que además califica aplicándolo de forma generalizada. La motivación es clara; pensemos en un marido cabreado que a lo largo de una discusión llama hasta en 16 ocasiones a su pareja sentimental para manifestarle “te voy a romper el coche, hija de puta”. La penalidad por 16 delitos de amenazas leves del art. 171-4 Código Penal podría alcanzar los 16 años de prisión, superior al máximo de pena que se hubiera puesto si el sujeto activo hubiera matado a la víctima. Obviamente, semejante barbaridad ha requerido de una respuesta jurisprudencial que paliara las increíblemente gravosas consecuencias para hechos de naturaleza leve que la no aplicación de la figura del delito continuado tendría, modificando la línea jurisprudencial anterior a la existencia de los delitos de amenazas leves.

4-3-1-4-Constitucionalidad

Las mismas cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración de los principios de proporcionalidad, igualdad y culpabilidad que se plantearon respecto al art. 153-1 Código Penal se han planteado también respecto al art. 171-4 del mismo cuerpo legal, siendo de aplicación las mismas argumentaciones, incidiendo, eso sí, que aquí la desigualdad frente al resto de sujetos activos del núcleo familiar es abismal, por cuanto no existe un tipo penal de delito equivalente, sino que el equivalente es un tipo

independencia de que puedan incluirse dentro de un mismo delito de amenazas distintas secuencias de una misma amenaza, lo que obliga a recurrir a las reglas del concurso real de delitos.”

⁴²⁸ Véase las Sentencias núm. 1154/2011 de 10 noviembre, núm. 525/2009 de 26 mayo y núm. 1376/2011 de 23 diciembre de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Sentencia núm. 137/2012 de 31 octubre de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca.

de falta (Art. 620-2 inciso segundo Código Penal). El Tribunal Constitucional resolvió a favor de la constitucionalidad del artículo en múltiples sentencias⁴²⁹, con la misma argumentación contemplada para el art. 153-1 Código Penal.

Sin embargo consideramos que el propio Tribunal Constitucional no es coherente con su propia fundamentación y jurisprudencia ya que el mismo establece que *“los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los*

⁴²⁹ Véase la Sentencia núm. 45/2009 de 19 febrero del Pleno del Tribunal Constitucional, “Las alegaciones relativas a este segundo apartado del Auto de cuestionamiento encuentran respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo (RTC 2008, 59) , que es la resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo órgano judicial ahora cuestionante respecto al primer inciso del art. 153.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 171.4 CP. Ahora como entonces la duda central de la Magistrada cuestionante se refería a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE (RCL 1978, 2836) . Así, a partir de su interpretación del tipo penal que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso –pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad– a un varón que amenace levemente a quién es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados») tendrá en todo caso un marco penal inferior: si la amenaza leve se produce con armas u otros instrumentos peligrosos el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (art. 171.5 CP), y si la amenaza se efectúa sin tales recursos intimidatorios será sancionada como una mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3º CP).”

*diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*⁴³⁰.

Obviamente hay una desproporción manifiesta en la situación jurídica contemplada por el legislador penal para el hombre-esposo que para los demás miembros familiares, respecto de la misma situación por la comisión de los mismos hechos. Para salvaguardar la diferencia de pena de 1 año de prisión a 8 días de localización permanente entre el delito de amenazas leves contra la mujer de la falta de amenazas leves contra cualquier otro miembro familiar, el Tribunal establece la correlación primeramente con el art. 171-5 Código Penal de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos (que presenta nuevamente una penalidad inferior solo referida al límite inferior de la pena de prisión que pasa de 6 meses a 3 meses), obviando que no nos encontramos ante el mismo tipo penal, puesto que el segundo requiere el uso de dichas armas que el primero no requiere, y en consecuencia, la madre que amenace levemente a su hijo menor de edad sin empleo de armas u otros instrumentos peligrosos, responderá por falta, mientras que la misma conducta realizada por el esposo hacia la esposa, supondrá la responsabilidad penal por delito.

Las argumentaciones para salvar la desproporción de la pena en relación al art. 620-2 inciso final Código Penal a nuestro modo de ver rozan la sinrazón. Establece el Tribunal Constitucional que por un lado se justifica la diferencia penológica nuevamente por la desigualdad histórica de la mujer y por tanto las especiales necesidades de este colectivo en cuanto a seguridad y protección, y que por

⁴³⁰ Sentencia núm. 222/1992 de 11 diciembre del Tribunal Constitucional.

otro lado, las posibilidades de no imponer la pena de prisión e imponer trabajos en beneficio de la comunidad, o proceder a su sustitución, e incluso la posibilidad de rebajar la pena en grado, reduce considerablemente la diferencia punitiva entre el delito y la falta. Obvia el legislador que la pena del delito sigue pudiendo alcanzar un año de prisión mientras que la de la falta solo puede alcanzar 8 días de localización permanente, que la suspensión y sustitución de la pena no opera de forma automática, o que la condena por delito conlleva la existencia de antecedentes penales (especialmente importante para el colectivo inmigrante puesto que de hecho supone la no renovación de los papeles, o para determinados colectivos de trabajadores, ya que implica el no poder acceder o perder los puestos de trabajo, como son funcionarios, abogados, jueces, fiscales, etc...). Por todo ello consideramos plenamente insatisfactoria e incoherente y poco fundamentada, la resolución del Tribunal Constitucional⁴³¹.

Igualmente, la Sentencia núm. 45/2009 gozó de la existencia de los votos particulares de Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Vicente Conde Martín de Hijas y Ramón Rodríguez Arribas que básicamente reproducen los votos ya manifestados en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad respecto del delito de maltrato.

⁴³¹ A favor de la constitucionalidad del delito de amenazas leves, y también del de coacciones leves, Pérez Ferrer, Fátima en “Repercusiones de la reforma de la LO 1/2004 en los delitos de lesiones, amenazas y coacciones” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 391 y 392.

4-3-2 Art- 171-5 párrafo primero CP. de amenazas leves con armas respecto al resto de integrantes del núcleo familiar

“El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación de derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.”

4-3-2-1-Sujetos, bien jurídico, conducta y concursos; remisión a otros apartados y especialidades

Sujetos lo son cualquiera de los contemplados en el art. 173-2 Código Penal a excepción de cuando el sujeto pasivo sea persona especialmente vulnerable, o cuando el sujeto activo sea hombre y el pasivo sea o haya sido mujer-esposa o pareja sentimental. Por lo demás, son de aplicación todas las argumentaciones efectuadas en el apartado 4-1-2-1.

No hay diferencias en cuanto al bien jurídico defendido respecto del apartado 4 del mismo artículo, por cuanto el mismo sigue siendo pluriofensivo, protegiendo tanto la libertad como la familia.

En cuanto a la conducta, han de reiterarse todas las precisiones efectuadas en el apartado 4-3-1-2, con una precisión; la conducta exige de forma taxativa el uso de armas o instrumentos peligrosos. La utilización del término “instrumentos peligrosos” evita la posibilidad de que se interprete que solo cuando hablamos de determinado tipo de armas (armas de fuego y armas blancas) se integre el tipo penal. En todo caso no bastará con portar el arma, sino que habrá que exhibirla o usarla, es decir, emplearla en la realización de la amenaza⁴³².

Finalmente, en cuanto a los concursos, son de aplicación las mismas consideraciones que las efectuadas respecto al apartado 4 del mismo artículo, tanto en relación a la apreciación del delito continuado, de extendido uso jurisprudencial, como en relación a la absorción de las amenazas por el delito de maltrato o de lesiones, cuando hay unidad temporo-espacial.

4-3-2-2-Tipo subjetivo; el elemento de dominación y/o machismo

A diferencia del tipo penal del apartado 4, aquí no es necesario el elemento de dominación de la mujer o el machismo. La cuestión por tanto es si es necesario algún otro elemento subjetivo, o es de aplicación automática el tipo penal cuando los hechos se realicen por los sujetos especialmente contemplados. Tal última consideración no tendría ninguna lógica ni coherencia, partiendo de las consideraciones efectuadas en cuanto a que la no concurrencia del elemento de dominación o machismo conlleva la degradación a falta las conductas del apartado 4 del artículo, avalado por parte de la

⁴³² La Sentencia núm. 254/2012 de 2 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia habla del “empleo de una botella de butano”.

jurisprudencia. Si la conducta más gravemente considerada por el legislador se degrada a falta por la no concurrencia del elemento subjetivo de dominación o machismo, ¿cómo podríamos mantener que no exista un elemento subjetivo asimilable para el resto de supuestos?

Por ello, hemos de reiterarnos en nuestra exposición (apartado 4-1-1-4) acerca de cómo la “dominación machista” del apartado 4 del artículo no son sino formas de perturbar el normal desenvolvimiento familiar o la “paz familiar” jurisprudencial, que el legislador considera más gravosas y por ende, más merecedoras de reproche penal.

Por su parte, la jurisprudencia es casi unánime, aunque frente a la mayoritaria aplicación automática del tipo penal⁴³³, en los casos de amenazas mutuas, alguna jurisprudencia mantiene de forma genérica la necesidad de concurrencia del elemento de dominación⁴³⁴ como elemento diferenciador respecto a la figura básica de la falta de amenazas leves.

⁴³³ La Sentencia núm. 254/2012 de 2 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia no establece ninguna elemento subjetivo al hablar de los requisitos de la amenaza; “El contenido o núcleo esencial del tipo del delito de amenazas se integra por los siguientes elementos (por todas, STS 8 de julio de 2011) :a) una conducta del agente constituida por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible, b) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y c) que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva”.

⁴³⁴ La Sentencia núm. 1045/2006 de 5 diciembre de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, al referirse a las agresiones mutuas, habla de que no concurre el elemento de dominación. En el mismo sentido, la Sentencia núm. 553/2006 de 28 junio de la misma sección manifiesta que “como el artículo 617 ó el 620 del Código Penal invocados por ella, únicamente en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato, agresiones, coacciones, insultos o amenazas mutuos y de análoga entidad entre los

4-3-2-3-Penalidad; problemática en cuanto a la posible mayor penalidad de las amenazas leves que las amenazas graves

Reiteramos las críticas sobre la obligatoriedad de la imposición de la pena de alejamiento, así como respecto a la falta de proporcionalidad entre el hecho leve cometido y la pena a imponer que puede alcanzar hasta el año de prisión.

Hemos de mencionar, eso sí, como la falta de previsión del legislador permite que cuando nos encontremos ante un delito de amenazas graves de mal no constitutivo de delito, la pena a imponer sea inferior que cuando nos encontremos ante el mismo supuesto pero de amenazas leves, toda vez que el primero, viene recogido en el art. 171-1 y prevé una penalidad inferior (un límite inferior de pena para las amenazas graves de hasta 3 meses de prisión y la posibilidad de imponer en vez de prisión, multa de 6 a 24 meses, frente al mínimo legal de 6 meses y la imposibilidad de imposición de multa, solo de trabajos en beneficio de la comunidad para las amenazas leves).

Por ello podría darse el absurdo de que ante un supuesto en que el sujeto activo hombre vierta amenazas graves no condicionales frente a una expareja mujer (por lo que no se aplicaría la agravante de parentesco), podría ser condenado a una pena de 3 meses de prisión, mientras que si la amenaza es leve, la pena mínima será de 6 meses de prisión, y conllevara la obligatoria imposición de la pena de alejamiento.

dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación...”

4-3-3 Art- 171-5 párrafo segundo CP. Tipos cualificados por razón de.

“Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”

4-3-3-1-en presencia de menores

Son de aplicación los argumentos esgrimidos en el apartado 4-1-3-1, si bien hay que realizar una precisión; no hay problema en entender que concurre la agravante de presencia de menores cuando la amenaza se vierte utilizando al menor⁴³⁵ como instrumento del sujeto activo, que actúa como autor mediato⁴³⁶, y ello por cuanto si la conducta ya merece mayor reproche penal cuando el menor visualiza conductas inapropiadas que pueden alterar su concepción de la familia, del adecuado respecto hacia los restantes miembros del grupo familiar, y de su aprendizaje como

⁴³⁵ Sentencia núm. 207/2011 de 30 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia.

⁴³⁶ Entendemos que es autoría mediata, puesto que aunque nos encontramos ante un delito de actividad y que el sujeto activo ha realizado el delito por cuanto pronuncia de viva voz las expresiones amenazantes, es necesario que el intermediario traslade a la víctima el contenido de dichas expresiones, ya que si no carecía de cualquier eficacia. Entendemos que el intermediario (sea un hijo, un familiar o un amigo) no es partícipe de las amenazas aunque tenga conocimiento del contenido de éstas, sino el “instrumento” del delito, por cuanto no concurre en éste el ánimo de amedrentar, no hay dolo de amenazar, sino la intención última de advertir al sujeto pasivo. Sobre la autoría mediata, véase Obregón García, Antonio y Gómez Lanz, Javier en “Derecho Penal. Parte general; Elementos básicos de teoría del delito”, Editorial Tecnos, Madrid 2012, pág. 251 y 252, quien recoge la ausencia de dolo como eximente de la responsabilidad criminal para el instrumento. No contemplan dicha posibilidad de eximente Martínez Escamilla, Margarita; Martín Lorenzo, María; y Valle Mariscal de Gante, Margarita en “Derecho Penal . Introducción. Teoría Jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje”, U.C.M., Madrid 2012, pág. 241.

persona, con mayor motivo ese reproche se mantiene e incluso se incrementa cuando se utiliza al menor de manera que éste acabe realizando la conducta que integra el tipo penal; no solo se manifiesta “te voy a matar” en presencia del menor, sino que se usa al menor para que manifiesta a la víctima “que le va a matar”.

4-3-3-2-utilizando armas

Curiosamente, no se prevé tal agravante, que si bien es lógico respecto del apartado 5, por cuanto el tipo penal requiere el uso de armas o instrumentos peligrosos, no lo es tanto respecto del apartado 4, que nada exige al respecto. Por tanto, el arma solo tendrá relevancia a la hora de determinar la gravedad de la conducta para entender si nos encontramos ante una amenaza leve o grave, pero no como tipo cualificado una vez entendida que la amenaza es leve.

4-3-3-3-en domicilio común o de la víctima

Implica que el sujeto activo y el sujeto pasivo se encuentren en el domicilio. Dada la amplia gama de posibilidades en cuanto a los modos y medios de hacer llegar una amenaza, no se considera que tenga lugar en el domicilio común o de la víctima cuando las amenazas se vierten por carta⁴³⁷, teléfono, internet o cualquier otro medio

⁴³⁷ Las Sentencias núm. 207/2011 de 30 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia y núm. 335/2010 de 9 septiembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón no aplican la agravante en amenazas vertidas por teléfono al domicilio de la víctima. La Sentencia núm. 255/2009 de 6 mayo de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla manifiesta que “El precepto agravatorio reza textualmente que se impondrá en su mitad superior la pena del artículo 171.4 “cuando el delito [...] tenga lugar [...] en el domicilio de la víctima”; y **no puede decirse sin incurrir en una interpretación extensiva contraria al reo que tal cosa ocurra cuando la amenaza se profiere por vía telefónica, aunque la llamada se reciba por la víctima en su domicilio. La aplicación del principio de ubicuidad** en los llamados delitos a distancia puede ser correcta a los efectos de determinar la aplicación de la ley penal en el espacio, la jurisdicción y la competencia territorial, pero **no es un criterio adecuado para la interpretación de los tipos penales**, que debe efectuarse desde su propio significado y finalidad, respetando siempre el principio de interpretación estricta que resulta del artículo 4.1 del Código Penal.(...) **que el delito “tenga lugar” en el domicilio de la víctima sólo puede**

telemático, o a través de terceras personas, recepcionando el mensaje el sujeto pasivo en el domicilio común, toda vez que no es utilizado expresamente por el sujeto activo para aumentar el miedo a la víctima causando una mayor sensación de inseguridad y desprotección. Por el mismo motivo, tampoco cabría cuando, aún vertidas de viva voz, el sujeto pasivo está en el domicilio y el sujeto activo fuera de él (al otro lado de la puerta o tras una ventana)⁴³⁸.

Consideramos que tampoco es de aplicación automática la agravante cuando las amenazas se viertan en el domicilio familiar, sino que debe haber sido buscado de propósito por el sujeto activo para aumentar la situación de vulnerabilidad e inseguridad de la víctima⁴³⁹, si bien la jurisprudencia suele tender a la aplicación automática.

4-3-3-4-quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad

Son de consideración las argumentaciones esgrimidas en el apartado 4-1-3-4.

entenderse en el sentido de que tanto la acción como el resultado se produzcan dentro de ese ámbito espacialmente delimitado.”

⁴³⁸ Sentencia núm. 321/2010 de 23 diciembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que no considera la agravante de domicilio cuando el sujeto activo no accede al domicilio de la víctima, vertiendo las amenazas desde el exterior.

⁴³⁹ Siguiendo con la Sentencia núm. 255/2009 de 6 mayo de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, la misma manifiesta respecto de los fundamentos advinables de la agravación, “que parecen relacionarse con el mayor desvalor de acción que corresponde al hecho que se comete con la mayor facilidad de impunidad que proporciona la intimidad de la morada, quebrantando la seguridad que ésta debería proporcionar al sujeto pasivo como recinto de inmunidad y aumentando así la aflictividad del ataque para la víctima.”

4-3-4 Art. 171-6 CP. Tipo privilegiado. El frustrado intento de salvaguardar el principio de proporcionalidad

“No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a la concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”

Este apartado, que ha servido de errónea fundamentación al Tribunal Constitucional para defender la falta de desproporcionalidad entre la penalidad del delito del art. 171-4 y la falta del art. 620-2 inciso final, ambos del Código Penal, no plantea mayores problemas prácticos de aplicación más que la reticencia del Ministerio Fiscal, Juzgados y Tribunales respecto a su aplicación, que puede aplicarse aún en connivencia con las formas agravadas⁴⁴⁰.

Es criticable que el tipo penal atenuado no prevea la posibilidad de penar como falta una conducta que si ya de naturaleza es considerada como leve por el propio legislador, supone aún una mayor levedad por la concurrencia de las especiales circunstancias que aconsejan la atenuación, de manera que se sigue penando como delito (con los perjudiciales consecuencias que hemos mencionado en aras a los antecedentes penitenciarios, posibilidad de reincidencia, de pérdida de papeles o de puesto de trabajo) una acción doblemente atenuada; por la consideración de la conducta como leve y por la consideración de concurrencia de circunstancias que integran el apartado 6.

⁴⁴⁰ La Sentencia núm. 914/2012 de 17 septiembre de la Sección 26ª de la Audiencia provincial de Madrid aplica el tipo atenuado respecto de un delito de amenazas leves en presencia de menores.

4-3-5 Falta de amenazas del art. 620-2 inciso final CP. respecto al resto de integrantes del ámbito familiar

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días. 2º Los que causen a otro una amenaza, (...) de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

4-3-5-1-Sujetos, bien jurídico y tipo subjetivo

A priori los sujetos tienen que ser necesariamente los contemplados en el tipo del art. 173-2 Código Penal, siempre y cuando el sujeto pasivo no sea persona especialmente vulnerable o el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o pareja sentimental, en cuyo supuesto se penara como delito.

Desde nuestra concepción la exigencia del elemento subjetivo de dominación y/o machismo cabría también respecto de esta falta, de manera que cuando la amenaza vertida no sea una expresión de dicha dominación o machismo los hechos se tipificarán como falta de amenazas del mismo artículo sin la aplicación del inciso

final, y por tanto imponiendo la pena de multa y concurriendo la condición objetiva de procesabilidad.

El bien jurídico es el mismo común a los vistos en los delitos de amenazas de los apartados 4-3-1-1 y 4-3-2-1.

4-3-5-2-Conducta

A priori la conducta típica consiste en la expresión o manifestación por cualquier medio de la causación de un mal a la víctima o a su familia o persona íntimamente vinculada (por su relación con el art. 169 Código Penal⁴⁴¹), siempre que sea de carácter leve, y no se haga uso de armas u otros instrumentos peligrosos (por su expresa tipificación en el art. 171-5 Código Penal).

Desde nuestra concepción señalar nuevamente la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo para las faltas de amenazas leves en el ámbito familiar. La no concurrencia de dicho elemento conllevaría también la integración como conducta típica de éstas amenazas dentro del tipo de la falta del art. 620-2 Código Penal sin aplicación el último inciso, y por tanto, con imposición de pena de multa y concurriendo la condición objetiva de procesabilidad.

4-3-5-3-Concursos

Queda absorbido por los delitos de lesiones y maltrato cuando se producen en unidad de acción. Al mismo tiempo, absorbe las vejaciones injustas que se manifiestan también con unidad de acción.

⁴⁴¹ “El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado (...).”

4-3-5-4-Penalidad

La pena no prevé la posibilidad de multa (la pena es de 4 a 8 días de localización permanente o 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad), ya que se supone que la misma puede perjudicar a la unidad familiar, por lo que la víctima de la amenaza sufriría también las consecuencias jurídicas del delito que no solo no ha cometido, sino que además ha sufrido. Además, la pena de localización permanente ha de cumplirse en domicilio diferente y alejado del de la víctima.

Ya no se prevé la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino que podrá imponerse por un periodo máximo de 6 meses en virtud de lo dispuesto en el art. 57-3 Código Penal⁴⁴², salvo lo dispuesto respecto del cumplimiento de la pena de localización permanente.

4-4 Art. 172-2 CP de coacciones leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor , y falta de coacciones del art. 620-2 inciso final CP respecto al resto de integrantes del ámbito familiar.

4-4-1 Art. 172-2 párrafos primero y segundo C.P. de coacciones leves cuando la víctima es o ha sido esposa del hombre-agresor, o persona especialmente vulnerable que convive con el autor

⁴⁴² “3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.”

“El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun si convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

4-4-1-1-Sujetos, bien jurídico, tipo subjetivo y penalidad

Sujeto pasivo solo pueden serlo las personas especialmente vulnerables (vulnerabilidad que ha de quedar acreditada) y la que es o fue esposa o pareja sentimental del sujeto pasivo-hombre. Por tanto, respecto de éstas últimas, el sujeto activo solo puede ser el que es o el que fue marido o pareja sentimental del sujeto pasivo – mujer. Respecto a los primeros, sujeto activo puede serlo cualquier miembro familiar que conviva con la persona especialmente vulnerable, siendo necesaria la convivencia entre sujeto activo y pasivo.

El bien jurídico es pluriofensivo, concretándose en la familia (en la consideración mantenida en el punto 2-2 de esta tesis) y la libertad de obrar, la cual puede adoptar multitud de formas⁴⁴³, como veremos al referirnos a la conducta.

⁴⁴³ Como señalan Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte Especial” 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 200, las manifestaciones de afectación al bien jurídico engloban tanto la imposibilitación de la

En cuanto al tipo subjetivo, conjuntamente con el elemento subjetivo del ánimo de restringir la libertad de obrar ajena⁴⁴⁴, es necesario desde la concepción que hemos mantenido que concurra el elemento de dominación de la mujer o machismo. La jurisprudencia una vez más se encuentra dividida, consecuencia lógica de la mala actuación legisladora y de las ambigüedades de la sentencia del Tribunal Constitucional, y frente a la que sí exige ese elemento subjetivo del tipo⁴⁴⁵, encontramos la contraria a la consideración de la necesaria concurrencia de este⁴⁴⁶.

realización de la voluntad, el impedimento de la toma de decisión o de realización de la acción, distorsiones en el proceso de voluntad o menosprecio de dicha voluntad.

⁴⁴⁴ Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en “Violencia de género *versus* violencia doméstica: Consecuencias jurídico penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, Grupo Difusión, Madrid 2006, pág. 89 y 90; Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo el delito de coacciones es una infracción penal que afecta a la libertad de obrar de las personas, requiriéndose para la existencia del delito que se haya producido efectivamente ese resultado. Los elementos precisos para su existencia son: (...) 4º existencia de un elemento subjetivo que incluye no sólo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena”.

⁴⁴⁵ La Sentencia núm. 21/2012 de 16 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que **“es característico de las conductas penadas en la L.O. 1/2004 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) el establecimiento de una relación de dominación y poder en el que la violencia, que no ha de ser necesariamente física, sobre la víctima, se usa para mantener la relación de dominación**, dominación a todas luces patente en el presente caso en el que llega el recurrente a impedir derechos legítimos y básicos como el acceso a la propia vivienda”. En el mismo sentido, la Sentencia núm. 299/2010 de 11 junio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, establece que

⁴⁴⁶ La Sentencia núm. 89/2012 de 13 marzo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería manifiesta que **“la sentencia de instancia se adscribe a la tesis que exige en los tipos específicos de violencia de género un singular elemento de "dominación machista ", tesis que sin embargo ha sido ya expresamente rechazada por esta Sala en diversas ocasiones**, entre las que podemos citar, la sentencia de 24 de Septiembre (Rollo 64/11), y en la muy reciente de 27 de Enero 2011 dictada en el Rollo de apelación 15/11. El intento de restringir la aplicación de los tipos agravados de género introducidos por la Ley Orgánica 1/2004 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) , acudiendo para ello a exigir elementos subjetivos u objetivos que para nada figuran en los diferentes preceptos, no es más, en nuestra humilde opinión que una muestra de voluntarismo, de esa patología no infrecuente en el ámbito forense que consiste en tratar de corregir en la aplicación de las normas penales los supuestos o reales errores atribuidos al legislador en su configuración. Esta modalidad de activismo judicial,

Finalmente, son de hacer las mismas consideraciones de penalidad respecto a la imposición de la pena de alejamiento con carácter obligatorio ya efectuados en los apartados anteriores, así como la paradoja de cómo unas coacciones graves del art. 172-1 Código Penal pueden conllevar menos pena que las coacciones leves del art. 172-2 del mismo Código, aún cuando nos encontremos ante los mismos sujetos activo y pasivo, toda vez que el mínimo legal previsto es igual en ambos supuestos (6 meses de prisión), pero el delito de coacciones graves no conlleva la obligatoria imposición de la pena de alejamiento, y además permita la punición mediante pena de multa, lo que no se prevé para las coacciones leves, que solo permite la punición subsidiaria mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

4-4-1-2-Conducta; especial referencia al acoso

La conducta tiene que ir referida tanto a compeler a alguien a realizar algo no deseado, como a impedirle a hacer algo deseado. Su relación con el art. 172-1 Código Penal⁴⁴⁷ parece exigir que la acción se realice mediante el uso de la violencia, si bien la

consciente o no, sólo sería legítima, y aun imperativa conforme al artículo 5.3 del la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635), si ese pretendido error del legislador tuviese posible trascendencia constitucional. Pero esto es lo que ha venido a descartar el Tribunal Constitucional en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo (RTC 2008, 59), y su progenie, al consagrar la legitimidad ex Constitutione de los preceptos cuestionados sin subordinarla -como habrían querido los votos particulares de la propia sentencia- a ninguna interpretación reductiva del tipo en el sentido de la sostenida en la resolución impugnada.”

⁴⁴⁷ “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.” Sobre el concepto de violencia en el delito de coacciones, véase Caruso Fontán, María Viviana en “El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia”, Revista General de Derecho Penal 16, 2011, pág. 2 y 3, quien manifiesta que “Originariamente, se asociaba al término violencia de forma exclusiva a la fuerza física que se aplicaba sobre personas, es decir, se trataba de un sinónimo de agresión corporal. De esta manera, el bien jurídico protegido se situaba en la libertad de obrar, entendida como libertad de ejecutar una decisión libremente asumida. Con posterioridad, el concepto de violencia se

jurisprudencia acepta además de ésta el uso de la intimidación⁴⁴⁸ y la fuerza como formas de violencia a efectos de integración del tipo penal. De hecho, en el presente tipo penal, la violencia queda prácticamente reducida a precisamente a la intimidación y a la fuerza, por cuanto el empleo de violencia física contra la mujer encontrará acomodo en el tipo del art. 153-1 Código Penal, que no requiere la causación de lesiones por dicha violencia.

Hay que hacer mención que se incluye dentro del delito de coacciones diferentes conductas que en otros ámbitos del Derecho Penal (delitos contra la libertad e indemnidad sexual) se consideran directamente con acoso. Hablamos de conductas como llamar o mandar mensajes de forma continuada e insistente al sujeto pasivo, presentarse en todos los lugares donde éste desarrolla su vida, o seguirle sin realizar ninguna manifestación mientras anda o conduce. Barea Payueta⁴⁴⁹ define el acoso como “una guerra psicológica por el control. Es un patrón de conducta con muchas variantes, dirigido intencionalmente a una persona específica para aterrorizarla. El terror que la víctima sufre a veces no es entendido desde fuera ya que no parece una amenaza inminente, pero los gestos del acosador están cargados de un significado que generalmente sólo la víctima y él conocen. La presencia continuada del maltratador en

fue ampliando de acuerdo a la interpretación extensiva que realizara una parte de la doctrina y, en particular, el Tribunal Supremo, desarrollándose lo que se denominó la “espiritualización” del concepto de violencia. Consecuentemente, dicho proceso significó la ampliación de la consideración del bien jurídico que pasó a abarcar la libertad de decisión”, quedando por tanto incluida dentro del término de violencia el uso de drogas o fármacos y la intimidación, y convirtiendo al delito de coacciones en un cajón de sastre de conductas de difícil acomodo en otros tipos penales.

⁴⁴⁸ Dentro de la que se incluye la “presión moral”; véase la Sentencia núm. 198/2012 de 30 julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares.

⁴⁴⁹ Barea Payueta, Consuelo en “El maltratador como exmarido y como padre” Ediciones Consuelo Barea, Barcelona 2012, pág. 57

la vida de la mujer la sume en una sensación de incapacidad e impotencia que difícilmente pueden asumir otras personas”.

Entendemos la necesidad de que dichas conductas de hostigamiento que acaban produciendo una sensación de desequilibrio e inestabilidad en la víctima así como una mayor sensación de inseguridad y de miedo tienen que ser sancionadas por el Derecho Penal, pero entendemos inadecuado el uso del tipo penal de las coacciones (única vía con la legislación actual) y no entendemos porque el legislador no ha aprovechado las sucesivas reformas de la ley para introducir el tipo penal específico de acoso.

Hay que tener en cuenta que en el delito de coacciones se trata de obligar a alguien a hacer lo que no quiere o a que no haga lo que quiere, y ello está concretado en un “algo”, un hecho típico (por ejemplo, impedir llamar por teléfono, prohibirle trabajar, etc...) que es abarcado por el dolo del sujeto activo. En el delito de acoso y estrictamente hablando rara vez hay una finalidad última de prohibir o compeler a la realización de algo, sino que la finalidad del sujeto activo es la creación de una sensación de malestar y temor a base de un continuo hostigamiento, que solo a veces va referido a la intención de conseguir que la víctima haga algo concreto (por ejemplo, reanudar la relación sentimental, o desistir del divorcio, o claudicar ante exigencias económicas)⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Barea Payueta, Consuelo en “El maltratador como exmarido y como padre” Ediciones Consuelo Barea, Barcelona 2012, pág. 59 a 97, establece varios tipos de acoso, que se resumen en el acoso romántico (el acosador cree que su sentido de la posesión sobre la mujer es amor), acoso tecnológico (realizado a través de móvil, sms, correos electrónicos, redes sociales) tanto agobiándola como difamándola, acoso económico pre y post separación (privándola o restringiéndola el acceso a dinero, bienes o cualquier capacidad para la autosuficiencia) y acoso mediante el abuso de la justicia (denuncias cruzadas, multitud de denuncias, lucha por la custodia de hijos).

Gran parte de este tipo de acciones tienen como finalidad última la creación de un clima de miedo y stress, pero realizando actos que por sí mismo considerados no son merecedores de reproche penal (por ejemplo, realizar una llamada telefónica, o sacar al perro por delante del domicilio del sujeto pasivo), y que debe reconducirse a un concepto de “algo” tan inmaterial como el impedir el normal desenvolvimiento de la vida del sujeto pasivo⁴⁵¹, y que produce lagunas de punibilidad⁴⁵². Por ello sería deseable que el legislador regulara concretamente el delito de acoso, distinguiéndolo del delito continuado de coacciones y de la violencia habitual.

4-4-1-3-Concursos

Los mayores problemas concursales se manifiestan respecto al delito de detenciones ilegales, toda vez que no podemos olvidar que la detención ilegal es una forma destacada del delito de coacciones⁴⁵³. A priori, y en aplicación de las normas concursales del art. 8 Código Penal, especialmente a los criterios de especialidad y mayor gravedad, las privaciones de libertad deberían penarse siempre como detención ilegal. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial cuando el impedimento en la libertad deambulatoria del sujeto pasivo apenas dura un instante, se aplica el tipo

⁴⁵¹ Sentencia núm. 519/2012 de 9 noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que manifiesta que “la finalidad del comportamiento seguido por el acusado no podía ser otra que la de conminar psíquicamente a la perjudicada a que alterara su vida, lo que logró,...”.

⁴⁵² La Sentencia núm. 1238/2012 de 15 noviembre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, absuelve en apelación a marido que envía continuas cartas y mensajes de amor a su antigua esposa, y a la que siguió por las calles, al considerar que no utiliza violencia física ni material o compulsiva.

⁴⁵³ Sentencia núm. 465/1994 de 1 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

penal de las coacciones. Sólo cuando éste se prolonga en el tiempo⁴⁵⁴, podemos hablar de detención ilegal, sin perjuicio de que cabe apreciar detención ilegal consumada al instante, cuando la misma tiene una proyección de futuro⁴⁵⁵. Para diferenciar los delitos de detención ilegal y de coacciones también “es necesario valorar la mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida y el grado de malicia y culpabilidad del agente⁴⁵⁶”. Igualmente, cuando la privación de la libertad deambulatoria es mediante el miedo o la intimidación, nos encontramos ante un delito de coacciones y no de detención ilegal⁴⁵⁷, puesto que no ha habido propiamente encierro o detención.

También se plantean problemas con los delitos de amenazas, cuando la coacción se efectúe mediante intimidación, por cuanto ésta puede constituir el tipo

⁴⁵⁴ De forma oficiosa para algunas fiscalías, a partir de los 15 minutos se considera detención ilegal, sin perjuicio de la finalidad última de la privación de libertad, de la intencionalidad del sujeto activo y demás circunstancias concurrentes.

⁴⁵⁵ La Sentencia núm. 192/2011 de 18 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dice que “desde luego el artículo 163 del Código Penal no zanja inequívocamente la cuestión del canon temporal como presupuesto típico. Pero **no parece irrazonable exigir**, en feliz expresión de la sentencia de instancia, la exigencia, en el acto de coerción candidato a tal tipificación de **una mínima proyección temporal ulterior**. No solamente porque lo aconseje la mayor gravedad de la sanción de este delito frente a la genérica coacción, lo que ha de traducirse en una interpretación estricta del tipo, sino porque la consideración como detención ilegal de la más ínfimas de las obstaculizaciones en la posibilidad de deambulación, excluido inequívocamente cualquier mantenimiento en el tiempo, implica una evidente desproporción en la sanción, que no cabe presumir acorde a la voluntad del legislador ni a las exigencias constitucionales. **Por otra parte, prescindir de esa dimensión temporal de manera terminante y sin matices es incoherente con la constante jurisprudencia que, para reconocer autonomía a la privación de libertad deambulatoria como delito de detención ilegal, ya en concurso ideal ya en concurso real, con otros delitos a los que acompaña, requiere una cierta entidad**. Tal exigencia es incompatible con la consideración de suficiencia de la más breve de las coerciones a aquella específica libertad, por la circunstancia de no acompañar a esos otros delitos”.

⁴⁵⁶ Sentencia núm. 1427/2005 de 2 diciembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁴⁵⁷ Sentencia núm. 61/2009 de 20 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

penal de los artículos 169 a 171 del Código Penal dependiendo la naturaleza y la gravedad de la amenaza, y por tanto, habrá de estarse a la finalidad última del sujeto pasivo a la hora de aplicar el concurso de normas.

Procede la absorción de las coacciones por otros delitos más graves o específicos como el maltrato cuando concurra unidad de acción, y finalmente, son de aplicación todos los argumentos expuestos ante la posibilidad de apreciar del delito continuado, pese a la redacción del art. 74 Código penal, tal y como hemos expuesto en el apartado 4-3-2-5.

4-4-1-4 Constitucionalidad

La constitucionalidad del precepto fue defendida a ultranza por el Tribunal Constitucional⁴⁵⁸ con base en las dos sentencias anteriores (respecto del delito de maltrato y respecto del delito de amenazas leves) ante cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete, la cual se argumentaba en torno a cinco puntos esenciales; contradicción con el principio de igualdad, vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio de culpabilidad, indeterminación del término “persona especialmente vulnerable” que se opone al concepto de “lex certa”, vulneración del art. 9 de la Constitución por cuanto no se parte de una situación de desigualdad de la mujer ante la Ley y la Administración de Justicia Penal, y vulneración del principio de proporcionalidad.

La primera cuestión fue desestimada argumentando que “la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más

⁴⁵⁸ Sentencia núm. 127/2009 de 26 mayo del Pleno del Tribunal Constitucional.

unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada⁴⁵⁹”. Es decir, considerando que la mujer ocupa siempre y en todo caso una posición de inferioridad en el mundo relacional de pareja y que el hombre, por tal condición, siempre ejerce una situación de dominio sobre la esposa. También se parte, por supuesto, de que no existen esas desigualdades a otros niveles intrafamiliares, como por ejemplo, la hija respecto del padre, que recibe una consideración igualitaria y respetuosa con su dignidad como mujer por parte del mismo hombre que en la misma familia, pero respecto hacia la esposa, no respeta dicha dignidad. La argumentación hace aguas por todas partes y es imposible de defender mínimamente.

Continúa el Tribunal Constitucional partiendo de la idea ya expuesta en la sentencia 59/2008 de que “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de **las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida**; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la

⁴⁵⁹ Sentencia núm. 127/2009 de 26 mayo del Pleno del Tribunal Constitucional.

discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado ⁴⁶⁰ ". Es decir, que la base de la constitucionalidad radica en la presunción de que la víctima siempre teme volver a ser agredida y de que el hombre siempre tiene intencionalidad agresora, o lo que es lo mismo, desde una concepción de un derecho penal de autor que identifica a la mujer como víctima indefensa en que "el caballero de reluciente armadura también llamado legislador" la protege del "malvado villano" también conocido como persona que es o que fue marido o pareja sentimental de la misma, y que por naturaleza de un sino fatal que procede de la herencia de generaciones anteriores, están obligados a ser coaccionados y coaccionar eternamente en un ciclo sin fin.

Tales arcaicas y denigrantes consideraciones que aquí sí creemos que atentan tanto contra la dignidad tanto del hombre como de la mujer no pueden tenerse en consideración en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, donde la mujer no solo es igual ante la Ley y ante el Derecho Penal, sino que a nivel social y familiar la mujer actual ya no es reflejo de criterios estereotipados de un "sexo débil" que depende de un marido, sino que tal consideración de inferioridad relacional-marital debe probarse en todo caso en el supuesto concreto, sin el condicionante de su pertenencia a un género concreto. La mera expresión de la sentencia de que no atenta a la dignidad de la persona, sin otra explicación que una mera referencia al ámbito referencial en que se producen los hechos, sin más explicaciones, no supone ninguna

⁴⁶⁰ Sentencia núm. 127/2009 de 26 mayo del Pleno del Tribunal Constitucional.

explicación ni argumento válido teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias jurídicas de la sentencia. Por ello, entendemos que la única manera de salvaguardar la dignidad de la mujer y del hombre, es la acreditación de un especial marco de sometimiento y subyugación

No podemos olvidar además que nos encontramos ante una coacción única y aislada además de carácter leve y que nada puede hacer presuponer ante posibles futuros, recogiendo la violencia habitual en otro artículo. Finalmente, la afectación de la libertad de la mujer es inherente al delito cometido, no por su condición de mujer, sino que la misma afecta a todo sujeto pasivo por la naturaleza del delito, y no del sexo de la persona sobre el que se realice el mismo.

Manifiesta eso sí el Tribunal Constitucional que todo ello no es una muestra de un Derecho Penal de autor, sino consecuencia de la concreta realización del acto por parte del sujeto activo, que inserta su conducta en una estructura social determinada de menosprecio y subyugación de la mujer. Olvida el Tribunal referirse al elemento subjetivo preciso para que el sujeto activo inserte una conducta concreta, dentro de una pauta social de desprecio y subyugación de la mujer. La consideración de que cualquier conducta desde el momento que es realizada por un sujeto concreto (hombre) contra otro sujeto también determinado (esposa-pareja) sin la concurrencia de dicho elemento subjetivo es derecho penal de autor lo vistan como lo vistan. Solo desde la consideración de que es necesaria la concurrencia de un especial elemento subjetivo de desprecio y subyugación hacia la víctima-sujeto pasivo (y no víctima- lo femenino) se podrá considerar desde el punto de vista del derecho penal del acto. Nada dice el Tribunal, si bien nada nos obsta para que el silencio pueda ser tomado en

cuenta para no negar la necesidad de que concurra dicho elemento como requisito del tipo.

En cuanto a la cuestión de vulneración de principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional desestima la cuestión reconociendo en primer lugar la notoria diferencia entre la pena del art. 172-2 Código Penal y la falta del 620-2 inciso final del mismo Código, manifestando que dicha notoria diferencia entre los marcos penales no supone inconstitucionalidad del precepto por cuanto ya han considerado razonable el diferente tratamiento recibido por los sujetos activo y pasivo hombre-mujer respecto del resto de figuras intrafamiliares, por cuanto cabe rebajar la pena en grado desapareciendo la diferencias penológicas, y por cuanto queda equiparado al tratamiento que reciben las personas especialmente vulnerables. Asimismo, también contempla que no hay desproporción por que en el ámbito del precepto, dichas coacciones leves nunca resultan banales, sino que presentan una mayor gravedad por el ámbito relacional en que se producen. Es decir, que “como no tengo nada que decir, no digo nada”. La argumentación planteada por el Tribunal Constitucional es insostenible por todos lados. La equiparación con la figura de “personas especialmente vulnerables” no hace olvidar que la especial vulnerabilidad debe acreditarse en el supuesto concreto, y que el resto de figuras del art. 173-2 Código Penal no gozan de protección como delito sino como falta en cualquier caso. Por mucho que se rebaje la pena en virtud del último párrafo, esto no equipara la penalidad del delito con la falta, teniendo en cuenta las diferencias procesales de instrucción y enjuiciamiento, la imposición de la pena de alejamiento de forma obligatoria para el delito o la existencia de antecedentes penales que conllevan la pérdida de papeles a emigrantes o de puestos de trabajo para funcionarios y determinados empleos. Asimismo, el tratamiento

diferenciado de la situación relacional de la mujer respecto a las otras figuras no conlleva la necesaria constitucionalidad, la cual habrá que efectuarse con los correspondientes parámetros concretos tanto de la desigualdad como de las medidas que palien y corrijan dicha desigualdad. Nada se dice por el Tribunal, más que frases vacías sin contenido alguno.

La sentencia, como ya es habitual en todas las que se han pronunciado sobre los delitos de violencia doméstica y de género, contiene varios votos particulares, concretamente los de Vicente Conde Martín de Hijas, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Ramón Rodríguez Arribas, que reproducen básicamente los ya expresados en la sentencia 59/2008.

4-4-2 Art 172-2 párrafo tercero CP. Tipo cualificado por razón de.

“Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”

4-4-2-1- en presencia de menores

Son de aplicación las mismas argumentaciones mantenidas en el punto 4-3-2-1 respecto a las amenazas, con la precisión de que cuando la coacción consiste en no dejar salir del domicilio tanto a la mujer como a los hijos, no se aplica la agravante de menores, sino que nos encontramos con un delito y varias faltas (una por cada menor)

de coacciones⁴⁶¹, no pudiendo aplicarse a ambas por infracción del principio *ne bis in idem*.

4-4-2-2-utilizando armas

El legislador no ha previsto, a diferencia del resto de figuras de violencia de género, ésta agravante concreta, quizá por lo difícil aunque no imposible realización del tipo de coacciones mediante el empleo de armas. Sin embargo, si me parece plausible incluir conductas de coacciones leves con el uso de armas, como impedir por ejemplo que la esposa abandone el vehículo familiar mostrando una navaja o una pistola, que si bien podría encuadrarse dentro del tipo de amenazas, cuando la finalidad última es impedir al sujeto pasivo salir del vehículo o que realice cualquier otra actividad (por ejemplo, acudir a una cita con su actual pareja) creemos que sería más específico el tipo de coacciones.

4-4-2-3- en domicilio común o de la víctima

Desde la postura mantenida en esta tesis, es necesario que el dolo del sujeto activo abarque la búsqueda de causa o sacar provecho de la especial indefensión que supone para el sujeto pasivo, si bien la jurisprudencia parece admitirlo⁴⁶² hay sentencia en que el tipo agravado es aplicado de forma automática⁴⁶³.

⁴⁶¹ La Sentencia núm. 61/2009 de 20 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó por cuatro delitos de coacciones a un hombre que encerró en el domicilio a su esposa y tres hijos.

⁴⁶² La Sentencia núm. 198/2012 de 30 julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares no aprecia el tipo cualificado de domicilio aún cuando los hechos ocurren en el mismo, sin ofrecer motivación alguna. En el mismo sentido, la Sentencia núm. 8/2013 de 4 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza tampoco aprecia el tipo agravado al condenar al hombre que no permite salir a su expareja de la vivienda común.

⁴⁶³ La Sentencia núm. 230/2012 de 12 junio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife consta como se condenó con la agravante de domicilio a esposo que

4-4-2-4- quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad

La apreciación de la presente agravación no plantea mayores problemas que los expuestos respecto al delito de maltrato, por la posibilidad de aplicación por parte de los jueces y tribunales del principio acusatorio en sentido de no considerar homogéneos los tipos penales del tipo agravado de coacciones con quebrantamiento del art. 172-2 párrafo tercero del Código Penal y el delito de quebrantamiento del art. 468-2 del mismo cuerpo legal. Por ello, cuando procediera la absolución por las coacciones y la punición sólo por el quebrantamiento, en virtud de dicho principio acusatorio se procedería también a la absolución del segundo, que solo podría salvarse con la calificación subsidiaria por parte de Ministerio Fiscal y restantes acusaciones personadas.

4-4-3 Art. 172-2 párrafo cuarto CP. Tipo privilegiado

“No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las consecuencias concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”

No plantea mayores problemas en su aplicación que la reticencia de los tribunales y del Ministerio Fiscal para su utilización, habiendo sido utilizado el

coacciona a su esposa en el domicilio conyugal sin que conste aprovechamiento de tal circunstancia, si bien en segunda instancia se absolvió del delito por no quedar acreditados los hechos.

presente párrafo para justificar la constitucionalidad del párrafo primero del presente artículo y apartado.

Son de hacer la mismas consideraciones en cuando a la crítica para con el legislador, que no ha previsto la posibilidad de degradar a falta respecto de éstos tipos agravados, por cuanto nos encontraríamos ante un hecho de naturaleza leve (coacción leve) en su previsión más leve (por circunstancias de autor y del hecho), y que hubiera permitido salvar las gravísimas consecuencias de la imposición de la pena por delito ya mencionadas como la pérdida de papeles para los emigrantes, imposibilidad de acceder a determinados trabajos, o la obligatoriedad de la pena de alejamiento.

4-4-4 Falta de coacciones del art. 620-2 inciso final CP respecto al resto de integrantes del ámbito familiar

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 2º Los que causen a otro una (...), coacción, (...) de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

4-4-4-1-Sujetos

Los sujetos son necesariamente los contemplados en el tipo del art. 173-2 Código Penal, siempre y cuando el sujeto pasivo no sea persona especialmente vulnerable o el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o pareja sentimental, si bien, y desde la posición mantenida de exigencia del elemento subjetivo de dominación y/o machismo, cabría también respecto de estos sujetos siempre y cuando la coacción ejercida no sea una expresión de dicha dominación y/o machismo, sin la aplicación del inciso final en este caso.

4-4-4-2-Conducta

La conducta consiste en compeler a alguien a realizar algo no deseado, o impedirle realizar algo querido, siempre y cuando sea de forma leve, constituyendo la mayor problemática como determinar la gravedad de la conducta, debiendo estarse en todo caso a las especiales circunstancias del autor, de la víctima y del hecho concreto para determinar dicha gravedad⁴⁶⁴, con aplicación en todo caso de los principios acusatorio, in dubio pro reo e interpretación más favorable al reo.

⁴⁶⁴ Para Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en “Violencia de género *versus* violencia doméstica: Consecuencias jurídico penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, Grupo Difusión, Madrid 2006, pág. 91, “cualquier forma de coacción física vía compulsiva, o incluso mediante fuerza en las cosas, que consista en el anuncio serio de un mal grave inminente y racionalmente creíble, que sea apto, eficaz y suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, para infundirle y un temor que la lleve a plegarse a los deseo del sujeto activo, será constitutivo de delito. Ahora bien, cada víctima ofrece un grado de resistencia distinto, es diferente su capacidad para oponerse y resistir las pretensiones de su agresor dependiendo de su edad, carácter, relación con el sujeto activo, por lo que todas esas circunstancias tendrán que estar presentes a la hora de valorar la gravedad de la coacción.”

4-4-4-4-Bien jurídico y concursos

El bien jurídico es el mismo que el expuesto en el apartado 4-4-1-1.

En cuanto a los concursos, son de aplicación todos os argumentos expuestos en el apartado 4-4-1-3 respecto al delito de coacciones leves, tanto en cuanto a la absorción de los mismos por delitos más graves o específicos, como a la posibilidad de apreciación de la falta continuada, y la apreciación de concurso de normas respecto a las amenazas.

4-4-4-5-Penalidad

Al igual que con la falta de amenazas, la pena no prevé la posibilidad de multa (la pena es de 4 a 8 días de localización permanente o 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad), en la misma previsión de que la consecuencia jurídica podría recaer finalmente sobre la víctima de la coacción. La pena de localización permanente ha de cumplirse en domicilio diferente y alejado del de la víctima.

Igual que en la falta de amenazas, ya no se prevé la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, la cual sólo podrá imponerse por un periodo máximo de 6 meses en virtud de lo dispuesto en el art. 57-3 Código Penal, con la salvedad de lo dispuesto respecto del cumplimiento de la pena de localización permanente.

4-5 Art. 620- 2 de vejaciones injustas e injurias en el ámbito familiar

4-5-1 Falta de vejaciones injustas e injurias del art. 620-2 inciso final CP.

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 2º Los que causen a otro una (...), injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

4-5-1-1-Sujetos

Cualquiera de los enunciados en el art. 173-2 Código Penal, sin que existan especialidades respecto de las personas especialmente vulnerables o por relación conyugal.

4-5-1-2-Bien jurídico

El bien jurídico es el honor⁴⁶⁵ y la dignidad de la persona, dentro de un marco de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito familiar, según el concepto de familia mantenido.

465 Sobre el concepto de honor, véase Otero González, Pilar en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

4-5-1-3-Conducta

La conducta consiste en insultar, menoscabar o lesionar la dignidad del sujeto pasivo de cualquier modo oral o gestual, e incluso puede consistir en maltratar o molestar⁴⁶⁶, siempre que no constituya por sí mismo un delito del art. 153 Código Penal. Por tanto, vejación o injurias lo son tanto las expresiones maliciosas que menoscaban el honor de la víctima, los gestos obscenos realizados con idéntico fin, o incluso actos como tirar la comida al suelo manifestando que “es una mierda”, siempre y cuando la finalidad última sea la de menoscabo del honor del sujeto pasivo en cualquiera de sus acepciones y sea un medio adecuado para tal fin.

4-5-1-4-Concursos

Presenta homogeneidad con la falta y el delito de amenazas, por lo que no solo queda absorbida por las mismas (igualmente por los delitos de maltrato o la falta y delito de coacciones), sino que cabe la punición como falta de vejaciones o injurias con carácter subsidiario cuando procede la absolución por amenaza, sin quebranto del principio acusatorio⁴⁶⁷. También queda absorbida por el delito de violencia habitual⁴⁶⁸.

y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 833, distingue una dimensión interna del honor que se corresponde con la dignidad, y otra externa que se corresponde con la autoestima y la fama.

⁴⁶⁶ Sentencia núm. 91/2012 de 30 julio de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, que acepta como forma típica de la falta el maltrato como forma de maltratar o menoscabar.

⁴⁶⁷ En este sentido, Sentencia núm. 1156/2012 de 29 octubre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁴⁶⁸ Por ejemplo, Sentencia núm. 542/2008 de 4 noviembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.

4-5-1-5-Penalidad

El artículo no prevé como pena la posibilidad de multa , con una pena prevista de 4 a 8 días de localización permanente o 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo cumplirse la primera en domicilio diferente y alejado del de la víctima, no previéndose tampoco la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, la cual es opcional del juzgador por un máximo de 6 meses según lo dispuesto en el art. 57-3 Código Penal.

4-6 Violencia habitual en el ámbito familiar

4-6-1 Art. 173-2 y 3 CP de violencia habitual en el ámbito familiar:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela,

guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad, o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”

El delito de violencia habitual supone a pesar de sus limitaciones o desaciertos legislativos, la gran baza en la lucha contra la auténtica violencia en el ámbito familiar y de género (esto último es además una paradoja, por cuanto el artículo no distingue por razones de género como ha hecho en el resto de conductas legisladas – maltrato, lesiones, amenazas y coacciones–). Ello por cuanto ha acudido en un primer lugar a un concepto material, que no formal, de familia, lo que ha permitido dar protección a figuras que de otra manera no tendrían cabida. De hecho, el problema planteado tras la nueva regulación del artículo de violencia habitual es diferente, toda vez que ahora es necesario acotar las figuras contempladas en el mismo.

En segundo lugar, su aparición como tipo delictivo (por primera vez en la Reforma de la LO 3/1989 del anterior Código Penal, mantenida en la redacción del Código Penal de la LO 10/1995, reformada por la LO 14/1999, y nuevamente reformada por la Ley 1/2004) rescatándolo desde las faltas, cumple con un fuerte valor simbólico respecto al reconocimiento de un grave problema social que no puede quedarse ni esconderse en el “armario” de la privacidad familiar, dándole el carácter de auténtico problema social que requiere de la actuación de los poderes públicos.

En tercer lugar, la no diferenciación entre los diferentes sujetos activos y pasivos por razón de sexo o género supone el reconocimiento implícito del legislador de que todos los miembros que integran la familia, materialmente hablando, concurren en igualdad de trato ante el Derecho Penal, tanto en su rol de víctimas como en el rol de sujetos activos, y por tanto gozan de la misma protección y les son exigibles las mismas responsabilidades, sin perjuicio de la concurrencia de las circunstancias contempladas en los artículos 20 a 23 del Código Penal.

Entre los puntos negativos, hemos de destacar la falta de concreción del bien jurídico protegido y acerca de la concurrencia o no de un especial elemento subjetivo del tipo, lo que se ve agravado por su pulular bajo diferentes epígrafes del Código Penal y una doctrina y jurisprudencia oscilante.

4-6-1-1-Sujetos y bien jurídico

No existen diferencias penológicas en virtud de las relaciones existentes entre los sujetos activos y pasivos o en función de si éstos últimos son personas especialmente vulnerables, a diferencia de los anteriores tipos penales analizados. En cuanto a la naturaleza de éstos, hemos de remitirnos a lo ya expuesto en el apartado 2-1, 2-4, 2-5 y 2-6, tanto en cuanto al concepto material mantenido por el Código Penal y por nosotros, como en cuanto a la naturaleza de los diferentes tipos de violencia existentes en el ámbito doméstico y de género.

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, volvemos a remitirnos al apartado 2-2, reproduciendo en aras a la brevedad íntegramente todas las manifestaciones y argumentaciones en torno al bien jurídico. De esta manera, mantenemos la existencia de un bien jurídico pluriofensivo⁴⁶⁹, cuyo eje vertebrador es la protección a la familia desde la concepción ya explicada y mantenida, al que habría que unir otros tan diversos como la integridad moral, la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad.

4-6-1-2- Conducta. La violencia psíquica. Especial referencia a la concepción de la violencia habitual como tipo autónomo o como tipo agravado, y a la punición de los actos concretos de violencia.

⁴⁶⁹ Ya la Sentencia 25/1999, de 21 de abril de 1999 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba mantenía, con la antigua redacción de la violencia habitual contenida en el art. 153, que el bien jurídico presentaba “naturaleza mixta, ya que junto a la salud o integridad física de las personas la tutela, también, **la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar**”.

La conducta típica engloba por un lado la comisión de actos de violencia física o psíquica, y por otro, que los mismos se realicen de forma habitual. La conducta debe ser activa⁴⁷⁰, reservándose la omisión a formas de coautoría y participación cuando exista una posición de garante con obligación de impedir la conducta violenta del otro.

En cuanto a los actos de violencia, es irrelevante a efectos del tipo penal la producción de un resultado lesivo⁴⁷¹, sin perjuicio de que pueda ser relevante para la apreciación otros tipos penales en concurso con el art. 173-2 Código penal (delitos de lesiones con o sin tratamiento). No existen problemas en la consideración de qué constituyen actos de violencia física (englobaría cualquier acometimiento corporal contra el sujeto pasivo), pero si se han planteado problemas respecto a los actos de violencia psíquica, no tanto en su concepto como en el alcance que debe tener la violencia psíquica para considerarse como tal. En este sentido, violencia psíquica lo constituiría “todo acto que produce sufrimiento emocional al sujeto pasivo⁴⁷²”. Coincidimos en las manifestaciones de Huerta Tocildo de que no puede estarse a un concepto ilimitado del concepto de violencia psíquica, sino que habrá que estarse a la peligrosidad ex ante de la conducta para hacer peligrar la salud psíquica de la

⁴⁷⁰ Cortés Bechiarelli, Emilio; Nieto Martín, Adán; Núñez Castaño, Elena; y Pérez Cepeda, Ana María en “Nociones fundamentales de derecho Penal Parte Especial (adaptado al EEES)”, Editorial Tecnos, Madrid 2010, pág. 166.

⁴⁷¹ Sentencia núm. 284/2001 de 18 mayo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada; “No se requiere que el maltrato produzca lesión, en cuanto menoscabo de la integridad corporal o de la salud, así física como psíquica. En caso de producirse ese resultado lesivo, la cláusula final del precepto transcrito obligará a apreciar un concurso de delitos.”

⁴⁷² Huerta Tocildo, Susana en V.V.A.A. “Los límites del Derecho Penal en la Prevención de la Violencia Doméstica”, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 526 y 527.

víctima⁴⁷³, si bien entendemos que hay que hacer la previsión que no puede tomarse cada acto de forma aislada para entender la peligrosidad, sino al conjunto de actos destinados a tal fin. Y ello, porque obviamente llamar “puta”, “zorra”, “mal padre” o “cabrón”, o tirar el plato de macarrones a la basura diciendo “no tienes ni puta idea de guisar” un día concreto a un miembro del núcleo familiar no es en principio suficiente para lesionar la salud psíquica de la persona, pero sí lo es la reiteración de las expresiones o de los actos a lo largo del tiempo, y por tanto, ha de estarse a una visión global de los actos⁴⁷⁴.

La jurisprudencia maneja un concepto amplio de violencia psíquica⁴⁷⁵, utilizando dos criterios para acotar dicho concepto y evitar que se consideren como

⁴⁷³ Ibidem, pág. 527.

⁴⁷⁴ En este sentido, la Sentencia 25/1999, de 21 de abril de 1999 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba manifestaba que la conducta lesiva estaba **“configurado por figuras reiteradas que aisladamente consideradas no son constitutivas de lesión o no van a constituir un menoscabo a la salud física o mental”**. La Sentencia 1060/1996, de 20 de diciembre de 1996 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera la conducta como “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”. Asimismo, para las sentencias 571/1999 de 31 de mayo y 519/1999, de 20 de mayo de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, es necesario que la conducta “no se traduzca en un acto aislado o en actos puntuales y esporádicos sino que se lleve a cabo sistemática mente lo cual equivale a tanto como decir que constituya el modo habitual de relacionarse el sujeto de que se trate con los sujetos pasivos víctimas ligados al mismo por lazos de parentesco, jurídicos o de mera convivencia fáctica. Es precisamente la reiteración de acciones de violencia física con o sin lesión materializada, lo que constituye el núcleo de la conducta prohibida por la norma (esto es, lo que el legislador pretende evitar bajo pena por delito) siendo, por tanto, requisito “sine qua non” de la relevancia penal de la conducta, la acreditación de aquella reiteración en el tiempo de actos de violencia sistemáticas».

⁴⁷⁵ La Sentencia núm. 196/2009 de 30 marzo de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en una detallada exposición ofrece un amplio concepto de la conducta relativo a la violencia psíquica; “no requiere que la acción típica se articule en una determinada modalidad comisiva, bastando que la conducta sea idónea para causar el resultado, entendido éste a su vez como de peligro hipotético o potencial para la salud psíquica del sujeto pasivo. Y sobre esa base, en la aludida sentencia intentábamos una definición sintética del concepto de violencia psíquica, que luego hemos reproducido en otras ocasiones, como **“toda acción u omisión, que**

no implique una agresión corporal, realizada dolosamente por el sujeto activo e idónea ex ante, en una valoración objetiva que tenga en cuenta los conocimientos especiales del autor, para causar a uno de los sujetos pasivos enumerados en el tipo un perjuicio relevante de su bienestar y equilibrio emocional, sea en forma de sufrimiento moral, de pérdida de la autoestima y de la confianza en sí mismo, de trastorno mental de cualquier tipo o de menoscabo de su dignidad personal, aunque no llegue a producirse efectivamente un **detrimento objetivable de la salud psíquica de la víctima**". Ahora bien, sin abdicar de esa definición global, que en términos generales sigue pareciéndonos bastante afortunada para tratar de abarcar en una fórmula unitaria la proteica multiplicidad de conductas en que puede plasmarse la violencia psíquica, nos damos cuenta ahora de que, convertida en una mera tópica abstracta y desprovista de su contexto explicativo -que en la sentencia original alcanzaba los quince folios-, **una definición tan abierta, si no se maneja cuidadosamente, puede llevar en su proyección sobre los supuestos reales a la criminalización de comportamientos, e incluso de meros rasgos de carácter, que, pese a ser susceptibles de producir ese resultado de peligro para la salud psíquica de los sujetos pasivos, claramente quedan por debajo del umbral de ofensividad para el bien jurídico protegido** que en un delito sancionado con pena privativa de libertad ha de exigir una interpretación orientada por el principio de intervención mínima, que, aun dirigido primordialmente al legislador, debe respetarse también en la aplicación de la norma. Y de alguna forma, como veremos, la sentencia impugnada, una vez desprovisto su relato de los elementos de violencia física que no se consideran suficientemente acreditados, incurre en el riesgo de expansión excesiva del tipo al que nos referimos. Desde luego, incluso las manifestaciones externas más cotidianas y aparentemente inocuas del desafecto, del carácter huraño, irascible o autoritario, de la alexitimia -tomado el término en sentido amplio y no estrictamente patológico-, de la falta de empatía, de los desórdenes del deseo sexual en cualquiera de sus modalidades, de la tacañería, de la tendencia a imponer a los demás las propias convicciones o convenciones, y de mil y un defectos más de la persona pueden, no sólo arruinar la vida familiar y de pareja, sino también causar a las personas del entorno íntimo del sujeto daños emocionales de no poca entidad. Pero ello no significa, no puede significar, que cualesquiera conductas fruto de esos rasgos negativos del carácter puedan ser calificadas penalmente como violencia psíquica; lo que sería tanto como sancionar con pena de prisión la obligación de ser justos y benéficos que proclamaba el artículo 6 de la primera Constitución española (RCL 1978, 2836). Y, a nuestro entender, **la definición general que en su día pergeñamos de la acción típica en esta modalidad delictiva no permite, bien entendida, tales excesos; pues en ella hay dos elementos, uno expreso y otro acaso demasiado implícito, que sirven de freno a una inmoderada inflación del concepto de violencia psíquica penalmente relevante. El elemento expreso a que nos referimos es la exigencia, por lo demás no precisada de especial justificación, de que la conducta en cuestión sea dolosa; lo que implica tanto como que el sujeto sea consciente de su idoneidad para producir daño psíquico a la víctima y actúe pese a tal conciencia, aceptando, aun eventualmente, sus consecuencias; precisión que, con ser obvia, no es en absoluto intrascendente en el resbaladizo terreno de la violencia psíquica, pues puede dejar fuera del ámbito punible, por ausencia de la parte subjetiva del tipo, conductas que, siendo potencialmente lesivas para el bien jurídico en el plano objetivo, se realicen por el sujeto sin conciencia de su trascendencia y sin esa "voluntad de hacerle imposible la vida al sujeto pasivo" en que consiste el dolo del delito de malos tratos habituales según una gráfica expresión de la jurisprudencia italiana (sentencia número 4933, de 26 de mayo de 1983, de la Sección VI de la Corte de Casación). El elemento implícito en nuestra definición de la violencia psíquica atañe ya, en cambio, al plano objetivo de la conducta y presupone (como resulta de la oposición a la "agresión corporal") que la acción u omisión en que aquella consista constituya también, precisamente, un acto de agresión; es decir, un ataque o acometimiento al sujeto pasivo, una acción dotada de sentido como acto contrario al**

hechos típicos conductas que aunque reprobables ética o moralmente, quedan fuera del ámbito de protección de la norma. Dichos criterios son que la conducta sea dolosa (aún con dolo eventual) y que el hecho constituya un acto de agresión.

En todo caso, la jurisprudencia exige, tanto para la violencia física como para la psíquica, que con la conducta se cree un clima de de dominación, miedo o incluso terror⁴⁷⁶.

Otro aspecto a determinar es si nos encontramos ante una figura agravada o ante un tipo autónomo, y en consecuencia, si hablamos de un delito especial propio o

derecho de la víctima y revestida de una cierta fuerza, ímpetu o intensidad, sin los cuales no puede hablarse de "violencia" sin forzar el sentido propio de las palabras. Este elemento, que acaso permanece demasiado oculto en la formulación general que ahora intentamos desarrollar o matizar, se percibía sin embargo claramente en los numerosos ejemplos que la acompañaban y en las definiciones normativas, doctrinales e internacionales que la precedían y servían de pauta; singularmente en la adoptada en 1997 por el informe final del Grupo de Especialistas para combatir la Violencia Doméstica del Consejo de Europa, que sintética y descriptivamente caracteriza la violencia psíquica como "concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral (amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación, insultos en público [sic], etc.)" (énfasis añadido). Sobre esas bases y teniendo en consideración esos elementos, en nuestra tan aludida sentencia 188/2005 se proporcionaba una larga lista de conductas que como "modalidades de agresión" (así decíamos ya entonces) pueden integrarse en el ámbito de la violencia psíquica penalmente relevante y que creemos de utilidad para arrojar luz sobre el contenido y el alcance del concepto. Comenzando, como es obvio, por los insultos, amenazas y vejaciones, se incluían también en esa lista, sin carácter exhaustivo pero sí representativo, conductas de desvalorización de la víctima (menosprecio expresado mediante palabras degradantes o zahirientes), de inducción de un estado de temor (como amenazas de abandono, de suicidio o de llevarse a los hijos), de restricción de la autonomía personal (control de amistades, privación de dinero, limitación de salidas de casa), o de la llamada violencia ambiental (destrucción de objetos de valor económico o afectivo, maltrato de animales domésticos, portazos y golpes sobre muebles o paredes, o gritos continuos, aunque su contenido no sea explícitamente injurioso o intimidatorio)".

⁴⁷⁶ Sentencia núm. 1059/2012 de 27 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; "la imputación ha de describir actos en número y proximidad tal que de los mismos se deduzca la existencia de una situación que atente contra la integridad moral por ser contraria a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, haciendo insoportable la convivencia por el miedo, depresión o ansiedad que se genera, de una manera permanente".

impropio. En cuanto a la primera cuestión, además habría que determinar si nos encontramos ante un tipo agravado respecto del delito contra la integridad moral del art. 173-1⁴⁷⁷ Código Penal, o respecto de una falta del art. 617-1 o 2 o del art. 620-2, ambos del mismo Código. En cuanto a su relación con el art. 173-1 Código Penal, la doctrina niega que el tipo de violencia habitual sea una forma agravada del primero. En este sentido, Huerta Tocildo⁴⁷⁸ manifiesta que “desde mi punto de vista, los malos tratos habituales a que ahora se refiere el artículo 173.2 CP no guardan ninguna relación jerárquica con los tratos degradantes del art. 173.1 o, por mejor decirlo, no se comportan como tipos agravados de una conducta básica de trato degradante que suponga un grave menoscabo de la integridad moral. Los elementos componentes de las conductas respectivamente sancionadas en cada uno de estos dos tipos penales impiden, a mi modo de ver, que entre ambos pueda establecerse esa relación de tipo básico-tipo agravado ya que, mientras que el artículo 173.1 se conforma con un único trato degradante, si bien exige que sea apto para menoscabar en forma grave la integridad moral, en el artículo 173.2 no se alude para nada a la gravedad del maltrato físico o psíquico y sí, en cambio, a la necesidad de que sea habitual, es decir, de que no se trate de un único acto puntual de violencia física o psíquica. Podría incluso pensarse que lo pretendido por el legislador ha sido, precisamente, compensar la no exigencia de grave menoscabo de la integridad moral en el artículo 173.2 CP con la exigencia, a cambio, de habitualidad; pero lo cierto es que la pérdida de esta última característica no transformaría el maltrato contemplado en dicho apartado en un trato

⁴⁷⁷ “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁴⁷⁸ Huerta Tocildo, Susana en V.V.A.A. “Los límites del Derecho Penal en la Prevención de la Violencia Doméstica”, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 516 y 517.

degradante del artículo 173.1 CP si el menoscabo de la integridad moral ocasionado por dicha conducta no fuera de naturaleza grave.” En el mismo sentido se pronuncia Manjón-Cabeza⁴⁷⁹ mientras que en sentido contrario se pronuncia Núñez Castaño⁴⁸⁰, quien considera que el tipo penal de violencia habitual es innecesario y produce duplicidad y problemas concursales, porque ya cabía de hecho aplicar el tipo del apartado 1 del mismo artículo.

En cuanto a la posibilidad de considerarlo como un tipo agravado del art. 617-1 o 2, o de la falta del art. 620-2 inciso final, todos del Código Penal, encontramos a Tamarit Sumalla⁴⁸¹, quien lo considera como un delito especial impropio, mientras que en contra se pronuncia Gorjón Barranco⁴⁸² considerando que no existe identidad de los elementos típicos por los sujetos, la habitualidad o la violencia psíquica.

A nuestro modo de ver el tipo de violencia habitual es un delito autónomo, y no una forma agravada de ningún delito, sin perjuicio de que actos concretos aislados que son tenidos en cuenta para su configuración puedan ser constitutivos de otros delitos autónomos, sin que ello suponga la necesaria correlación y dependencia entre

⁴⁷⁹ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 531.

⁴⁸⁰ Núñez Castaño, Elena en V.V.A.A. “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal; el maltrato habitual” en *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 195 y ss.

⁴⁸¹ Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal”, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 249.

⁴⁸² Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013, pág. 292 y 293.

ellos ni la identidad de su conducta y demás elementos típicos, del mismo modo que la causación de las lesiones en un delito de robo con violencia da lugar a penar también por un delito de lesiones, sin que se considere que el robo con violencia es una forma agravada de éste. Hay que tener en cuenta además la multitud de conductas que pueden integrar el tipo. No podemos mantener que es un tipo agravado respecto del art. 173-1 Código Penal si estamos hablando de actos siempre constitutivos de un delito de lesiones del art. 148-4 Código Penal, o que lo es respecto de la falta de maltrato si los actos concretos son constitutivos de amenazas o coacciones, o incluso, lo más frecuente, cuando nos encontramos ante una pluralidad homogénea de conductas. La consideración de que nos encontramos ante un tipo agravado llevaría a la consideración que lo es respecto incluso de hasta cinco delitos diferentes. Por ello y en consecuencia, nos encontramos ante un delito especial propio que no tiene correlativo, sin perjuicio de la tipificación y punición ya prevista en el propio artículo para los concretos actos de violencia.

En cuanto a la posibilidad de apreciación de las agravantes de parentesco y de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual (arts. 23 y 22-4 Código Penal respectivamente), la doctrina es unánime en cuanto a la imposibilidad de apreciar la circunstancias agravante de parentesco⁴⁸³ al ser inherente al propio tipo penal. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en “Manual de Derecho Penal Tomo II Parte especial” Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pág. 87. En el mismo sentido, Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en “Derecho Penal Parte Especial” 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010, pág. 191.

⁴⁸⁴ Sentencia núm. 1161/2000 de 26 junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Mayores problemas se plantean respecto a la concurrencia de la agravante de género del art. 22-4, que si forma parte del tipo por ejemplo del art. 153-1 Código Penal. ¿Podría aplicarse entonces la agravante genérica ante el silencio del tipo de violencia habitual, o hemos de considerar que ya está incluido en la tipificación bien por ser inherente a la misma o bien mediante la asunción de los actos concretos de violencia? No hemos podido encontrar doctrina o jurisprudencia que se pronuncie al respecto sino de forma genérica⁴⁸⁵, si bien nosotros entendemos que no hay problema en apreciar la agravante genérica del art. 22-4 Código Penal, sin perjuicio de las dificultades que puedan darse en cuanto al principio *ne bis in idem*, cuando dicha circunstancia ya se atendida en cuenta en la concreta tipificación de los actos concretamente considerados (por ejemplo, de un art. 153-1 o del 171-4 y 172-2, todos ellos del Código Penal), sin que se contemple especialmente respecto de, por ejemplo, hijos o personas especialmente vulnerables. Por ello, respecto del padre que habitualmente golpea a su hijo porque éste es homosexual o a la hija porque es mujer, y se niegan a comportarse según su “sexo”, cometería un delito del art. 173-2 Código Penal sin que haya obstáculo para apreciar la agravante del 22-4 del mismo cuerpo legal. Hay que tener en cuenta que el legislador ya ha introducido la agravante de género en el resto del articulado relativo a la materia como parte integrante del tipo, y por tanto, el hecho de omitirlo respecto al artículo de la violencia habitual implica que no forma parte del tipo penal, el cual no se contempla como parte del mismo por la jurisprudencia.

⁴⁸⁵ Al hablar de la inherencia tácita Goyena Huerta, Jaime en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal”, Dir. Manuel Gómez Tomillo, Editorial Lex Nova S.A.U., Valladolid 2010, pág. 355, manifiesta de forma genérica que la agravante por discriminación por razón de sexo es inherente a los delitos de violencia doméstica.

Finalmente, y teniendo en cuenta que no existe óbice para considerar que el tipo penal se integra cuando los actos de violencia se concretan contra una o contra diferentes víctimas por la propia redacción literal, se plantea la duda de si cabe apreciar el delito de violencia habitual cuando los diferentes actos se producen contra personas de diferentes núcleos familiares (bien por sucesión temporal de dichos núcleos – actos contra la primera pareja y contra la segunda pareja cercanos en el tiempo– o por la adscripción del sujeto activo a varios núcleos familiares diferenciados –sujeto activo casado con hijos con los que convive y además una pareja sentimental también con hijos, realizando actos violentos contra el/la cónyuge y la pareja sentimental–). Ante el silencio de doctrina y jurisprudencia⁴⁸⁶, por nuestra parte entendemos que el tenor literal del artículo no supone obstáculo alguno para la consideración de un único acto de violencia habitual cuando el sujeto activo comete los actos de violencia contra víctimas de dos núcleos familiares diferenciados, toda vez que la especial relación no tiene porqué darse entre los diferentes sujetos pasivos, sino entre éstos y el sujeto activo, y en ambos supuestos dicha relación se da.

El mayor problema para contemplar la posibilidad de apreciar el delito de violencia habitual respecto de dos núcleos (coetáneos o en sucesión temporal) viene dado por dos aspectos; el propio concepto de familia y el especial elemento subjetivo que jurisprudencialmente se viene exigiendo. En cuanto al concepto de familia, ya lo hemos concebido desde un punto de vista material, concepto que también maneja el legislador a la vista de los sujetos enunciados en el propio artículo. En este concepto

⁴⁸⁶ La Sentencia núm. 419/2005 de 4 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al hablar del concepto de habitualidad, si se refiere tangencialmente a la problemática al manifestar que cabe la “pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar”, sin especificar que se entiende por unidad familiar y si la misma exige o no relaciones entre los diferentes sujetos pasivos o si basta con el sujeto activo como factor de unión.

material de familia se ha hecho especial hincapié en el entorno en que los sujetos tanto activo como pasivos se desarrollan y los nudos relaciones que se forman entre sí, afectando la violencia habitual a todos los integrantes del núcleo, de manera que el bien jurídico protegido en el delito no es individual, sino colectivo. La colectividad del bien jurídico no se contempla de un modo absoluto y general, sino única y exclusivamente respecto de los integrantes del núcleo familiar, de manera que los actos violentos del sujeto activo contra un núcleo familiar lesionan un bien jurídico diferente a los realizados contra el otro núcleo. Y ello porque la especial lesividad del bien jurídico requiere la afectación de todo el núcleo familiar, y para dicha afectación es preciso que existan relaciones, aunque sean tangenciales, entre los diferentes sujetos pasivos entre sí de tal manera que los actos que se realizan sobre cualquiera de ellos afecte a los demás.

En cuanto al especial elemento subjetivo del tipo, éste se concreta en la creación de un clima de miedo dentro del núcleo familiar, y que aquí se desdoblaría en dos situaciones diferentes de miedo, una en cada núcleo familiar en que se desenvuelve el sujeto activo. Todo ello sin perjuicio de que ese clima de terror o amedrentamiento se unifique a través de los sujetos pasivos, por ejemplo, hijos menores que se integren en los dos núcleos familiares y que permitan la extensión del clima de miedo de uno a otro ámbito de manera continua. Teniendo en cuenta la concepción del bien jurídico y el elemento subjetivo del tipo, hemos de entender que no cabe apreciar a priori un único delito de violencia habitual, salvo cuando exista un nexo de unión de ambos núcleos familiares de manera que ambos se unifiquen de tal manera que consideremos que sólo existe un bien jurídico protegido y que el clima de miedo se extiende hacia ambos con solución de continuidad.

4-6-1-3-Tipo subjetivo; el elemento de dominación o machismo

El tipo no requiere únicamente de los actos de violencia ya vistos en el apartado 4-6-1-2, y de la habitualidad, que veremos en el apartado 4-6-1-4, sino que jurisprudencialmente se exige que con dichos actos se cree o se intente crear un clima de miedo constante como modo de sumisión, la cual puede mostrarse de diferentes maneras, tales como "estado de agresión permanente", "una conducta de permanente violencia y humillación" o "microcosmos regido por el miedo y la dominación"⁴⁸⁷.

Este elemento subjetivo se acreditará a través de la entidad, cuantía y conexión temporal de cada uno de los actos concretos en que se fundamenta la habitualidad, de manera que de la visión conjunta de los mismos y su relación con otros elementos periféricos (aislamiento social o familiar de la víctima, situación administrativa en España, carácter violento del sujeto activo....) se considere adecuada para crear y mantener ese clima de agresión permanente.

4-6-1-4-Habitualidad. Concepto de habitualidad y diferencias con los conceptos de reo habitual y de reincidencia

El propio apartado 3 del artículo relativo a la violencia habitual recoge los criterios que deben regir para apreciar la habitualidad, aunque no de un concepto de la misma. En este sentido, los criterios se reducen a cuatro; número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal de los mismos, que recaiga sobre uno o varias víctimas, indiferencia de que el acto de violencia haya sido o no enjuiciado.

⁴⁸⁷ Sentencia núm. 222/2012 de 24 abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sentencia núm. 658/2011 de 11 noviembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada o Sentencia núm. 419/2005 de 4 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Antes de analizar tales criterios, hemos de mencionar que no puede equipararse habitualidad, reo habitual y reincidencia⁴⁸⁸. La reincidencia (art. 22-8⁴⁸⁹ Código Penal) a fin de cuentas no es más que una reminiscencia del derecho penal de autor en la que se agrava de forma genérica la pena por la consideración de hechos enjuiciados sobre los que ha recaído sentencia condenatoria anterior y de la misma naturaleza al hecho nuevo enjuiciado y que no sea susceptible de cancelación, siendo suficiente un único delito anterior para la apreciación de la reincidencia. La consideración de reo habitual (art. 94⁴⁹⁰ Código Penal), que requiere la comisión de tres o más delitos, va referida únicamente a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional (Capítulo III Título III Código Penal). En ambos casos,

⁴⁸⁸ Sentencia núm. 265/2006 de 7 julio de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid; “el tipo delictivo cuya aplicación se pretende requiere para su apreciación que la conducta descrita en el mismo sea “habitual”, que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un **concepto distinto de la reincidencia, entendiéndose la habitualidad como la inclinación de un sujeto a la comisión de determinados hechos que llega a constituir un hábito, quedando reservado el ámbito de aplicación del referido tipo penal a aquellos casos en los que la degradación tenga una duración notoria y persistente**, y cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias.” En el mismo sentido, la Sentencia núm. 480/2006 de 13 marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja manifiesta que; “concepto **este de habitualidad independiente del de reincidencia (artículo 22.8 del Código Penal) y del de reo habitual, a que se refiere el artículo 94**, pues el comportamiento habitual consiste en una serie de actos, contra la víctima, de la naturaleza y características expuestas, que además ha de pertenecer al círculo de personas legalmente previsto, con independencia de que tales actos hayan sido objeto o no de enjuiciamiento, y, finalmente, **sin que este concepto de habitualidad deba ser valorado desde un punto de vista meramente aritmético**, ya que **lo relevante en él, es que existe una frecuencia, en la que se aprecie trato violento, de tal modo que se pueda llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente**, pues en esa nota de permanencia es donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.”

⁴⁸⁹ “Son circunstancias agravantes: 8.ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.”

⁴⁹⁰ “A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y que hayan sido condenados por ello.”

reincidencia y reo habitual, opera respecto de delitos anteriores ya cometidos sobre los que ya ha recaído sentencia, y que son ajenos al nuevo hecho delictivo.

En el caso de la habitualidad del art. 173-2 Código Penal, cada acto (con independencia de su enjuiciamiento anterior o no) forma parte íntegramente del tipo de violencia habitual, no como una agravante del delito ni como una forma de ejecutar la pena impuesta, sino como un elemento más del tipo. Es preciso incidir que la habitualidad puede entenderse desde tres concepciones diferentes; desde un punto de vista subjetivo, desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista mixto⁴⁹¹. Parte de la doctrina define la habitualidad como un “hábito del sujeto activo”⁴⁹², y por tanto, una característica personalísima de éste⁴⁹³, acercándose a concepciones subjetivas o mixtas. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina parte ya de concepciones objetivas⁴⁹⁴, que encuentra proyección en la jurisprudencia⁴⁹⁵, que parte

⁴⁹¹ Sanz Morán, Ángel José en V.V.A.A. “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género; aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. Montserrat de Hoyos Sancho, Editorial Lex Nova, Valladolid 2009, pág. 55 y 56, deslingue entre habitualidad subjetiva entendiéndola como una condición del sujeto, habitualidad desde la perspectiva objetiva, como una sucesión de actos repetidos con relativa frecuencia, y habitualidad desde un punto de vista mixto, como sucesión de actos demostrativos de la cualidad de un sujeto.

⁴⁹² Antón Oneca, José en “Derecho Penal”, segunda edición, Akal, 1986, pág. 504 y 505. Monge Fernández, Antonia en “La violencia de género como delito habitual (impropio)” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 114 y ss.

⁴⁹³ Gracia Martín, Luis en “Comentarios al Código Penal Parte Especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes”, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 449.

⁴⁹⁴ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011, pág. 535; Olaizola Nogales, Inés en “Violencia de Género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” en *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXX, 2010, pág. 287 y ss; Huerta Tocildo, Susana en V.V.A.A. “Los límites del Derecho Penal en la Prevención de la Violencia Doméstica”, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, en

⁴⁹⁵ La Sentencia núm. 770/06 de 13 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo manifiesta; “Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia. Finalmente **en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencia se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP. establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Esta es la postura más correcta.** La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in idem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. **No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad**, que también podría demostrarse por otras más. Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.” En cuanto a los requisitos para apreciar la habitualidad, la Sentencia núm. 419/2005 de 4 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido de recoger los enunciados en el artículo; **“La habitualidad se vertebra así alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de**

de un concepto de habitualidad que no se basa en el autor o sujeto activo, sino en el número de actos concretos y la conexidad entre éstos, que supongan la creación de un clima constante de miedo o agresión permanente hacia las víctimas. También la Fiscalía adopta el mismo criterio⁴⁹⁶.

En cuanto al primero y más lógico de los criterios, es decir, el número de actos de violencia, el legislador no establece un número mínimo de actos exigible para la consideración de la violencia habitual, y por tanto, cabe apreciar la misma a partir de dos actos. Como acoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es tanto la sucesión de un número determinado de actos, sino que éstos creen una atmosfera irrespirable de permanente agresión⁴⁹⁷. De esta manera, puede considerarse un delito de violencia habitual dos palizas a la esposa dos viernes consecutivos⁴⁹⁸, “por la sencilla razón de que hoy es viernes” y que por tanto crea una atmosfera de miedo de que los viernes va a repetirse la agresión, creando el miedo a que ésta se vuelva a repetir, mientras que múltiples coacciones y amenazas durante una discusión porque el cónyuge se ha llevado al perro a vivir consigo sin avisar durante la tramitación de la separación, no tiene porque considerarse violencia habitual a pesar de que los actos concretos sean numéricamente abundantes. La consideración del número de actos necesarios por

enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica, viene a constituirse en el elemento configurador del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza, en cada caso, sobre su concurrencia o no; por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.”

⁴⁹⁶ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado.

⁴⁹⁷ Sentencia núm. 770/06 de 13 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁴⁹⁸ La sentencia núm. 1208/2000 de 7 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, llega a condenar por habitualidad con dos actos de violencia.

tanto deberá individualizarse en el supuesto concreto, atendida la naturaleza de los actos, su gravedad y demás circunstancias concurrentes.

El requisito de la conexidad temporal no es sino una deducción lógica de lo expuesto anteriormente, por cuanto la creación del clima de agresión permanente requiere la existencia de actos de agresión individuales en los que fundamentarse, que no pueden considerarse de forma aislada, sino que tienen que conectarse, no solo temporalmente, sino también subjetivamente. A estos efectos hay que tener en cuenta que la cercanía temporal a veces juega un papel fundamental precisamente para la consideración de la no violencia habitual, básicamente cuando la totalidad de los hechos se han producido en un lapso muy corto de tiempo (por ejemplo, sujeto que a lo largo de dos horas de la misma noche coacciona a un miembro de la familia, veja a otros dos, maltrata a otro y amenaza a otro – a pesar del elevado número de actos, no existe violencia habitual toda vez que la misma no se extiende en el tiempo lo suficiente para considerar que el clima que se crea con dichos actos es permanente).

En cuanto a los otros dos criterios para la habitualidad, realmente no son tales, sino consideraciones a tener en cuenta en la apreciación de los actos; que éstos puedan recaer sobre una o varias víctimas (y por lo mencionado en el apartado 4-6-1-3, debe entenderse que del mismo núcleo familiar), y que pueden tenerse en cuenta actos que ya han sido enjuiciados (obviamente, siempre que sean condenatorios, y que cumplan con el requisito de conexidad temporal y de que el acto haya recaído sobre alguno de los integrantes del núcleo familiar).

Por otro lado, hay que hacer mención a qué actos pueden ser englobados y tenidos en consideración a efectos de integración del tipo penal, y concretamente, sin pueden ser tenidos en cuenta actos de violencia que en su consideración individual estuvieran ya prescritos. A estos efectos, la doctrina se ha manifestado a favor de considerar que los hechos prescritos en su consideración individual pueden ser tenidos en cuenta para la integración del tipo de violencia habitual⁴⁹⁹, postura a la que nos adherimos íntegramente. La Fiscalía⁵⁰⁰ también se ha pronunciado en el sentido de considerar apreciables a efectos de habitualidad faltas que estuvieran ya prescritas. La jurisprudencia igualmente considera la imposibilidad de penar los individuales actos que hayan prescrito, sin perjuicio de su uso para la apreciación de la habitualidad⁵⁰¹. Asimismo, los plazos de prescripción se computan desde el término de la violencia habitual⁵⁰².

Finalmente, sobre la necesidad o no de que existan sentencias condenatorias anteriores que acrediten la existencia de los actos de violencia ocasional a partir de los cuales se determine la existencia de violencia habitual, la doctrina es prácticamente unánime en aceptar tal posibilidad. De entrada, el propio artículo plantea la indiferencia a este respecto de que los hechos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento

⁴⁹⁹ Véase Serrano Tárraga, María Dolores en “Malos tratos en el ámbito familiar sobre menores” en V.A.A.A. *La respuesta del derecho Penal ante los nuevos retos*, Dir. Antonio Cuerdo Riezu, Coords. Rafael Alcacer Guirao, Beatriz García Sánchez, Victoria García del Blanco, Julia Ropero Carrasco y Marina Sanz-Díez de Ulzurum Lluch, Editorial Dykinson, Madrid 2005, pág. 524; Molina Blázquez, Concepción; Mirat Hernández, Pilar; y Armendáriz de León, Carmen en “El tratamiento penal de la violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010, pág. 137.

⁵⁰⁰ Circular 1/1998 de la Fiscalía General de Estado.

⁵⁰¹ Sentencia núm. 261/2005 de 28 febrero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁵⁰² Sentencia núm. 619/2008 de 13 octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

anterior, y por tanto, dicho enjuiciamiento solo será relevante a efectos de no poder integrarlo dentro del tipo de violencia habitual cuando haya sido sobreseído o la sentencia sea absolutoria. Si la sentencia fue condenatoria y es firme, tal acto de violencia ocasional tiene la consideración a efectos del delito habitual de estar plenamente acreditado. El resto de actos pueden acreditarse en el mismo procedimiento en el que se enjuicia la violencia habitual. De esta manera, la sentencia declarará como hechos probados la concurrencia de los actos de violencia ocasional, y luego, en vista de los que hayan quedado acreditados y demás circunstancias concurrentes como conexidad o existencia de clima de agresión permanente, declarará probado⁵⁰³ la existencia del hecho típico de la violencia habitual.

4-6-1-5- Consentimiento; especial consideración a la problemática de las relaciones sexuales sadomasoquistas

Traemos a colación todo lo manifestado en el apartado 4-1-1-6 en cuanto al delito de maltrato o lesiones ocasional, especificando que dada la naturaleza de las relaciones sexuales por cuanto las mismas no se realizan una sola vez sino de forma habitual y más o menos frecuente dentro de la relación de pareja, es dentro de la violencia habitual donde tendría mayor ámbito de aplicación. Asimismo también hay que hacer una serie de apreciaciones que diferencian la consideración de las relaciones sado-masoquistas en el ámbito del maltrato ocasional respecto al de la violencia habitual.

503 Sobre los problemas probatorios de la habitualidad, Muñoz Conde, Francisco en “Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 23, manifiesta que puede conllevar que se acabe penando por los delitos de violencia ocasional “prescindiéndose así tanto de la prueba de la violencia psíquica como de la habitualidad”.

En primer lugar, el art. 173-2 Código Penal ya no se contempla dentro del capítulo dedicado a las lesiones, por lo que no le es de aplicación las consideraciones que respecto a estos delitos se hacen en el art. 155 del mismo cuerpo legal, por lo que no hay óbice que impida la apreciación del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad. En segundo lugar, hay que mantener en todo caso que aunque concorra el elemento de dominación (inherente a las relaciones sadomasoquistas, tal y como ya expusimos), no existe una lesión al bien jurídico por cuanto los actos son deseados por la persona dominada (dentro de un marco de actuación pactado de antemano) y necesarios para la propia existencia de la pareja y de la unidad familiar como tal. En tercer lugar, a pesar de la frecuencia y la conexidad temporal de los concretos actos de violencia, con ellos no se crea un clima de miedo y agresión constante, sino y en todo caso, lo contrario, un clima de mutua satisfacción y placer sexual. Por tanto, aunque objetivamente se realicen todos los actos que podrían considerarse típicos, faltaría el elemento subjetivo por cuanto no existe dolo determinado a la creación de un clima de terror y desasosiego familiar.

Finalmente y como ya expusimos, los excesos que puedan cometerse en los concretos actos de violencia ejercida, los cuales se deben interpretar desde los libremente aceptados por la pareja, habrán de sujetarse a las reglas generales de la teoría jurídica del delito y a lo dispuesto respecto al error de tipo.

4-6-1-6- Alcoholismo del sujeto activo

Si bien reiteramos todo lo expuesto en el apartado 4-1-1-7 respecto al delito de maltrato habitual, al hablar de la presente circunstancia todavía atenuante respecto

al delito de violencia habitual, hay que hacer especial mención de la *actio libera in causa*. De esta manera, y de modo frecuente, la atenuante de alcoholismo tiene apenas relevancia dentro de los delitos de violencia habitual. Ello porque en primer lugar para poder apreciar dicha atenuante es necesario acreditar que la ingesta no sea buscada de propósito para delinquir y que además la ingesta de alcohol afecte a las capacidades del sujeto activo y tenga una relación directa con la causación del hecho típico. En segundo lugar, cuando el sujeto tiene conocimiento de los efectos que el alcohol produce en su comportamiento y sigue ingiriendo bebidas alcohólicas, está aceptando las probables consecuencias que se deriven por las afectaciones en su carácter y comportamiento motivadas por la ingesta de alcohol. Por ello, en tercer lugar, aunque sea a modo de dolo eventual, el sujeto se coloca en una situación *ex ante* en la que hubiera podido prever la comisión de los actos, y aún así, se coloca en dicha situación. Solo en los supuestos en que la ingesta de alcohol sea consecuencia de una enfermedad que ya de por sí le priva de alguno de sus capacidades cognoscitivas, o especialmente, volitivas, podremos apreciar en su caso la eximente del art. 20-1 o la atenuante del art. 21-1 o 21-2, todos ellos del Código Penal.

A estos efectos, la jurisprudencia recoge la *actio libera in causa* con todas estas motivaciones⁵⁰⁴, apreciando el alcoholismo como eximente (generalmente incompleta)

⁵⁰⁴ En este sentido, la Sentencia núm. 555/2008 de 19 diciembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón manifiesta que "dice el juez a quo a este respecto: "Por otro lado, como es bien sabido, la **apreciación de esta causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal se basa en las reglas de la actio libera in causa**, de forma que solo puede ser aplicada cuando sea fortuita, es decir, cuando los autores no hayan podido prever las consecuencias de la plena ebriedad, **con lo que habrá que excluirla en todos aquellos casos en que el autor se ha colocado voluntariamente en una situación de inimputabilidad, con la finalidad de cometer el delito, siendo suficiente para ello el dolo eventual** (SSTs 1343/02 de 17 de Julio (RJ 2002, 7464) y 631/04 de 13 de Mayo (RJ 2004, 4402)). Pues bien, en el caso de autos, según aclaró la Forense en el plenario, **el acusado sería plenamente consciente de que el consumo de alcohol aumenta su agresividad, siendo enteramente libre de consumirlo o no, al no tratarse de un alcohólico crónico**, con lo que, vistos sus propios

cuando este tiene carácter crónico⁵⁰⁵, procediendo la imposición de medida de seguridad. A estos efectos es de reseñar que si bien es necesario acreditar la ingesta de alcohol y la disminución de las capacidades del sujeto activo como consecuencia de dicha ingesta, cuando hablamos de alcoholismo crónico (también respecto de adicción a cualquier otra sustancia tóxica o estupefaciente) la jurisprudencia presume la afectación moderada de las capacidades iuris et de iure, partiendo de que el consumo continuado y prolongado en el tiempo de cualquier tipo de droga (incluyendo el alcohol), produce una afectación y disminución de las capacidades del autor, y por

antecedentes violentos, resulta obvio que el acusado debía ser consciente, al ingerir bebidas alcohólicas u otras drogas, que ello podía redundar en probables agresiones o amenazas a su mujer, incurriendo, como mínimo, en culpa, cuando, pese a ello, optaba por drogarse. Abunda en esta conclusión el hecho de que el acusado advirtiera a su mujer, cuando la amenazaba de muerte, de que él iba borracho y drogado no le iba a pasar nada cuando la matara. Así se lo dijo, literalmente, cuando la llamó para amenazarla el día 14 de Febrero, según consta en la transcripción de la conversación telefónica obrante al folio 41 de la causa. **Tal consideración impide, por si sola, la apreciación de una eximente completa o incompleta, habiendo declarado reiteradamente la Jurisprudencia que quedará excluida la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa, de forma que, siendo culposa (nunca buscada con el propósito de delinquir), podrá aplicarse solamente como atenuante analógica cuando produzca una sensible obnubilación en la capacidad del sujeto para comprender el alcance de sus actos o un relajamiento, igualmente sensible, de sus frenos inhibitorios (SSTS 785(02 de 25 de Abril (RJ 2002, 4962) y 357/05 de 22 de Marzo (RJ 2005, 4049) , entre otras muchas)".** Tal y como se resalta en la resolución recurrida, el acusado era perfectamente consciente de a lo que podía llevarle el consumo de alcohol o de otras sustancias, hasta el punto de que no dudaba en alardear (según se declara en los hechos probados, tras haber ello quedado evidenciado ab initio al folio 41) ante su esposa del supuesto efecto eximente o atenuante que ello podría tener caso de llevar a cabo los males con que venía amenazando a su esposa. En estas circunstancias, no nos parece procedente reconocer una mayor virtualidad atenuante a la ingesta de bebidas alcohólicas por parte del acusado."

⁵⁰⁵ Sentencia núm. 417/2004 de 29 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; "De los aspectos fácticos de la sentencia se deduce que la dependencia del acusado al alcohol tiene una evolución de doce años y que los hechos fueron realizados en el curso de episodios de ideación auto-hetero-lesiva, en el contexto de intoxicaciones etílicas. **La importancia de los efectos que el consumo de alcohol haya podido producir en el sujeto, tanto por su prolongación en el tiempo como por los efectos de la ingesta en el momento de los hechos,** ha conducido al Tribunal a apreciar la concurrencia de una eximente incompleta y a imponer, además de la pena, una medida de seguridad de sumisión a tratamiento en centro de deshabituación alcohólica adecuado en el régimen que requiera dicho tratamiento hasta la desintoxicación, con el límite previsto en el artículo 104 del Código Penal en relación a la pena correspondiente al delito".

tanto, procede la apreciación de la eximente incompleta del art. 21-1⁵⁰⁶ o atenuante analógica del art. 21-7⁵⁰⁷, ambos del Código Penal.

4-6-1-7-Concursos

La problemática en los concursos viene derivada de la propia concepción del tipo penal como “habitual”, habitualidad que se conforma partiendo de actos concretos de violencia que ya son en sí mismos infracciones penales constitutivas de falta o delito. Por tanto se plantea la duda de si hay infracción del principio *ne bis in idem* entre los actos concretos y el delito de violencia habitual. Es necesario partir del propio artículo que ya contempla la punición de forma diferenciada del delito de violencia habitual y de los delitos o faltas en que hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, y que es de aplicación preferente a la norma concursal del art. 177 Código Penal prevista de forma genérica para todo el Título. Las cuestiones a plantear es si la norma concursal incluye a todos los actos de violencia ocasional (maltrato, lesión, amenaza, coacción, vejación...) o solo a algunos de ellos, y si la norma concursal lo es de concurso real o de concurso ideal

Para la doctrina en general, dadas las consideraciones en torno al bien jurídico protegido, no se vulnera el principio *ne bis in idem*⁵⁰⁸ dado el diferente fundamento de la protección en uno y otro tipo penal, teniendo en cuenta que el delito de violencia

⁵⁰⁶ Sentencia núm. 907/2002 de 16 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁵⁰⁷ Sentencia núm. 74/2010 de 4 octubre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁵⁰⁸ Olaizola Nogales, Inés en “Algunas cuestiones sobre el delito de malos tratos”, en V.V.A.A. *estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Coord. Juan I. Echano Basaldúa, Editorial Deusto, Bilbao 2002, pág. 413 y 414.

habitual, como ya hemos mantenido, no es una mera suma de infracciones, sino que es un delito autónomo y diferenciado⁵⁰⁹. En este sentido y por todos, para Inés Olaizola⁵¹⁰ “no se produce tal vulneración porque el fundamento de una y otra condena es distinto. Mientras que la condena por cada agresión particular se fundamenta en el ataque a la integridad física o psíquica de la víctima, la condena por el maltrato habitual viene motivada por la lesión a la integridad moral de la víctima.”

La jurisprudencia considera igualmente que no hay infracción del principio *ne bis in idem* atendiendo igualmente a los bienes jurídicos diferenciados entre el delito de violencia habitual y los delitos cometidos por los actos de violencia individual⁵¹¹, si bien ya no existe la disparidad a la hora de considerar la procedencia del concurso

⁵⁰⁹ Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial” 6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010, pág. 144.

⁵¹⁰ Olaizola Nogales, Inés en “Violencia de Género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” en *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXX, 2010, pág. 290.

⁵¹¹ Las sentencias núm. 645/2004 de 14 de mayo y núm. 419/2005 de 4 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare” (v. la redacción originaria del art. 153 C Penal), “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio [RCL 1999, 1555]), “con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” (v. art. 173.3 del C Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003 (RCL 2003, 2332)). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio “*non bis in idem*” (v. STS de 9 de julio de 2001)». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia núm. 1059/2012 de 27 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”

como ideal o como real, toda vez que desde la entrada en vigor de la Ley 1/2004 se viene considerando siempre como concurso real⁵¹².

A nuestro modo de ver y partiendo de nuestra concepción de los bienes jurídicos de los distintos delitos en juego, el ámbito de aplicación del concurso está muy limitado. Ya hemos mantenido como el bien jurídico en todos los delitos y faltas de violencia doméstica es un bien jurídico pluriofensivo, de manera que todos ellos comparten un vínculo común en torno a la familia, que justifica tanto el mayor reproche penal como la mayor punibilidad. Partiendo de esta premisa, debe apreciarse concurso de normas cuando el fundamento de la punición sea homogéneo y resolviéndose por el criterio de mayor penalidad y especialidad, apreciándose únicamente concurso de delitos cuando existe diferenciación en el fundamento en cuanto que haya un plus de desvalor que suponga afectación de otro bien jurídico diferenciado (por ejemplo, libertad e indemnidad sexual, salud e integridad física o psíquica, libertad deambulatoria, etc....), y sin que pueda volver a tenerse en cuenta en el delito realizado por acto individual el vínculo familiar⁵¹³ que ya sirve para tipificar la violencia habitual. De este modo, se puniría por el delito de violencia habitual por un lado, y por los concretos delitos de lesiones, contra la libertad sexual o detenciones ilegales por otro, sin mayor problema. Respecto a los hechos que individualmente pudieran ser constitutivos de maltrato o lesiones sin tratamiento,

⁵¹² Sentencias núm. 1154/2011 de 10 noviembre y núm. 168/2012 de 14 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁵¹³ En este sentido, Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. "Derecho Penal Parte Especial" 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 216 y 217, quienes manifiestan que "la consecuencia de tal solución resulta absolutamente desproporcionada, vulnerando, asimismo, el principio *ne bis in idem*, al sancionarse dos veces el vínculo familiar."

lesiones con tratamiento contra la esposa o persona especialmente vulnerable, amenazas y coacciones, solo podrán punirse sin tener en cuenta la afectación al bien jurídico familia, y por tanto, como meras faltas de amenazas y coacciones del art. 620-2, falta de lesiones o maltrato del art. 617-1 y 2, o delito de lesiones del art. 147-1, todos ellos del Código Penal.

Finalmente, y en cuanto a la regla concursal respecto al delito de trato degradante del art. 173-1 Código Penal⁵¹⁴, me sumo a la doctrina mayoritaria que considera que el delito de violencia habitual absorbe al delito de trato degradante⁵¹⁵, si bien no tanto porque el primero sea un delito especial respecto del segundo, sino por cuanto que la violencia habitual ya engloba los diferentes actos violentos que la estructuran, de manera que el trato degradante tiene que haberse producido en base a algún acto (vejación, amenaza, coacción maltrato o lesión) que son penados en el delito habitual así como individualmente de la manera expuesta en el párrafo anterior.

4-6-1-8-Penalidad

La problemática en cuanto a la penalidad es la misma que la ya expuesta en el apartado 4-1-1-8 respecto al delito de maltrato.

⁵¹⁴ “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”

⁵¹⁵ En contra, Escuchuri Aisa, Estrella en “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 273 y 274.

4-6-1-9-En presencia de menores

Las cuestiones que pueden plantearse en cuanto a la presencia de menores son las mismas que la mencionada respecto de los delitos de violencia ocasional, bastando que uno solo de los episodios se haya producido en presencia de menores, para poder aplicar el tipo agravado.

La mayor problemática se plantea en virtud de la posible vulneración del principio *ne bis in idem* al aplicar la misma circunstancia de presencia de menores tanto en el acto ocasional como en el delito de violencia habitual.

Para la Fiscalía⁵¹⁶, criterio que compartimos, no puede utilizarse la misma figura agravada en las dos tipificaciones, debiendo apreciarse solo en una de ellas, que sería la de violencia habitual tomando en consideración lo dispuesto en el art. 8-1 y 4 Código Penal (criterios de especialidad y penalidad más gravosa). También la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido⁵¹⁷.

⁵¹⁶ La Circular 4/2003 de 30 de Diciembre de la Fiscalía General de Estado dice expresamente, “en consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP.”

⁵¹⁷ En este sentido, la sentencia núm. 339/2008 de 7 julio de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Madrid manifiesta que “En este punto además debe añadirse que la condena por el delito de violencia habitual en su subtipo agravado, va a conllevar la modificación de la condena del acusado por los delitos de lesiones del artículo 153 C.P. redacción dada por LO 11/2003 , en el sentido de aplicar respecto de este delito el tipo básico del núm. 2, en lugar del agravado del núm. 3 por el que viene condenado, por exigencias del principio no bis in idem. En efecto, como quiera que se condena al acusado por un delito de violencia habitual del art. 173.2, y 3 C.P. . no es admisible la utilización de la misma circunstancia (domicilio y presencia de menores) para agravar el delito del art. 153 C.P., pues **no es posible, por vulneración del principio citado (art 25 CE), que una misma circunstancia sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquélla se integre para apreciar la nota de habitualidad.** Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos, como es el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003 de 30 de diciembre de 2003, que entendemos correcto, en el supuesto de que se enjuicien conjuntamente la conducta concreta

Eso sí, cuando existan hechos que supongan cualificaciones que no se hayan tenido en cuenta para contemplar un tipo agravado por la concurrencia de dos cualificaciones en el mismo tipo, (por ejemplo, en un mismo tipo del art. 153-1 y 3 Código Penal concurre que los hechos ocurren en el domicilio familiar y en presencia de menores), la circunstancias que no se ha tenido en cuenta para tipificar el tipo agravado de la violencia habitual, puede emplearse para tipificar el maltrato ocasional.

4-6-1-10-Utilizando armas, en domicilio común o de la víctima y quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad

En cuanto a la utilización de armas, es de reiteración lo dispuesto en el apartado 4-1-3-2 respecto al maltrato ocasional, así como lo dispuesto en el apartado anterior en cuanto a la posible vulneración del principio de *ne bis in idem*.

En cuanto a la realización de los hechos en domicilio común o de la víctima, igualmente, reiteramos lo dispuesto a la problemática de la agravante en el apartado

y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, habrá que estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada, procediendo una rebaja de la pena a la de 2 meses y 15 días por mor de la concurrencia de las circunstancias modificativas que se aprecian en la conducta del acusado.” La sentencia contempla también la imposibilidad de apreciar la misma circunstancia, incluso cuando sea entre diferentes delitos de violencia en el ámbito familiar diferentes al art. 173-2 Código Penal, toda vez que manifiesta que “en cuanto al resto de las circunstancias que se integran en los subtipos agravados, no puede la misma circunstancia emplearse varias veces para condenar por el subtipo agravado, por lo tanto si se contempla la circunstancia de ocurrir los hechos en el domicilio para integrar el tipo del artículo 173.2 no podrá emplearse para otros tipos y **la presencia de menores si se emplea para aplicar el subtipo agravado en el caso de las lesiones del artículo 153.1 y 3 , no podrá emplearse más, lo que nos lleva a condenar por el tipo básico en las coacciones del 172 del Código Penal.**”

4-1-3-3 en relación al maltrato ocasional, así como lo dispuesto en el apartado 4-6-1-9 en relación al principio de *ne bis in idem*.

Finalmente, cuando los hechos se realicen quebrantando pena, medida cautelar o de seguridad, son también de aplicación los argumentos mantenidos en los apartados 4-1-3-4 respecto a la problemática general de la agravación, y 4-6-1-9 en cuanto a la problemática de aplicación del principio de *ne bis in idem*.

5- Propuesta legislativa de lege ferenda. Hacia una regulación penal protectora de la familia y del género global, basada en el acto y no en la pertenencia de los sujetos a un concreto género.

Con nuestra propuesta legislativa pretendemos corregir los errores detectados en la aplicación de los tipos penales actualmente vigentes y que hemos analizado en el Capítulo 4. A estos efectos, entendemos que los delitos de violencia en el ámbito familiar deberían estar tipificados dentro de un mismo Capítulo del Código Penal, lo que permitiría una mayor visualización de los mismos frente a la actual dispersión, una mayor concepción de que son delitos integrados en la protección de un mismo bien jurídico y no parches dispuestos por los diferentes capítulos del Código. De esta manera además, se refuerza el papel simbólico del Derecho Penal en su lucha contra la violencia intrafamiliar, sirviendo como anuncio de la efectiva apuesta de las administraciones públicas en su lucha contra la lacra social que supone este tipo de violencia.

Se ha introducido dentro de los tipos penales propuestos las conductas violentas más graves, que a excepción de la violencia habitual, no había sido tipificada, en relación a los delitos de amenazas, coacciones, vejaciones y lesiones. Entendemos que deberían incluirse también dentro de los tipos penales los delitos contra la libertad sexual, de aborto y contra la vida en el ámbito familiar y de género, si bien ello excede en mucho el objetivo de investigación de esta tesis.

Entendemos que debería procederse a la derogación del art. 57-2 Código Penal que acuerda la imposición imperativa en los delitos de violencia doméstica de la pena

accesoria de prohibición de aproximación del condenado a la víctima, teniendo en cuenta todo lo expuesto en cuanto a esta pena en el Capítulo 4.

Hemos procedido a suprimir la forma agravada prevista en los diferentes tipos penales de cuando el acto se comete quebrantando una medida o pena de las contempladas en el art. 48 Código Penal, al considerar que el quebrantamiento ya está tipificado en el art. 468-2 del mismo cuerpo legal, y que cuando concorra con un delito de violencia deberá procederse según las reglas generales de los concursos, generalmente del concurso ideal medial. Con ello se conseguiría, además evitar los problemas ocasionados cuando no puede acreditarse el acto violento, pero si el acto de quebrantamiento.

En la tipificación expuesta se han incluido dentro de los capítulos correspondientes las infracciones leves que con el Código Penal actual se incluirían dentro de las faltas, pero que dada la vocación del autor de que éstas desaparezcan algún día de la legislación penal de manera que pasen a integrarse dentro de los diferentes ámbitos civiles, mercantiles o administrativos, o en su caso, su transformación en delito, se han incluido con las figuras de referencia homogéneas.

Las penalidades propuestas lo son siempre en referencia al resto del articulado del Código Penal, en aras al respecto del principio de proporcionalidad.

Finalmente, se hace una propuesta de tipificación del delito de acoso familiar, sobre el que existía una laguna legislativa que se resolvía, no siempre

satisfactoriamente, con la aplicación de un delito continuado de coacciones leves del art. 172-2 Código Penal.

5-1 Delitos de maltrato y de lesiones

Todos los capítulos entrarían dentro del Título dedicado a los delitos de violencia doméstica y de género:

Título I De los delitos de violencia en el ámbito familiar

Dentro de este título, el primer capítulo se dedicaría a:

Capítulo I Del maltrato y de las lesiones en el ámbito familiar

El cual englobaría todos los delitos de maltrato, lesiones sin tratamiento médico, y lesiones con tratamiento médico y quirúrgico, con mutilación y con deformidades.

5-1-1 Delitos de maltrato y de lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico

Art. 1-1 *“El que por cualquier medio o procedimiento, con ánimo de menoscabar gravemente la paz y desenvolvimiento familiar, causare a otro **lesión física o psíquica no definidos como delito en este Código o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión**, cuando la víctima sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela,*

acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta cinco años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

Apartado 2: Las penas del apartado 1 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores.

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán de hasta diez años.

Apartado 3- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Con esta regulación conseguimos los siguientes efectos:

1-Evitar la discriminación genérica del hombre a la mujer, pasando de una culpabilidad del derecho de autor por pertenencia al género masculino del sujeto activo a una culpabilidad individualizada según los hechos concretos, respetando el principio de igualdad y de presunción de inocencia.

2-Rompemos con la inversión de la prueba, de manera que las agravantes por razón de sexo deben ser probadas en cada acto al igual que las de especial vulnerabilidad, y además se extiende el núcleo de sujetos activos y pasivos, otorgando idéntica protección y exigiendo idénticas responsabilidades por hechos idénticos a todos los integrantes del núcleo familiar.

3-Al sacar como agravante el que los hechos se realicen quebrantando pena o medida de comunicación o alejamiento, se evitan los problemas que se causaban cuando solo quedaba acreditado el quebrantamiento y no el acto lesivo, y por tanto, la impunidad del hecho ante parte de la jurisprudencia que consideraba que no cabía la punición por el art. 468-2 Código Penal si no constaba como calificación subsidiaria o alternativa.

4-Los problemas que hasta ahora causaba la imposición de la pena de prohibición de comunicación y aproximación se evitan al poder ajustarse a la realidad social familiar y a la auténtica necesidad de protección de la víctima.

5-Se concreta el bien jurídico, evitando los problemas de la hasta ahora variable aplicación de los tipos penales según la interpretación que del mismo se efectúe en cada órgano judicial.

6-Mediante la concreción del bien jurídico, es más fácil interpretar cuales son los sujetos activos y pasivos.

7-Se concreta el elemento subjetivo del tipo que debe concurrir, y que permite diferenciar el delito de violencia en el ámbito familiar de los tipos básicos de lesiones o maltrato.

8-Se mantiene y potencia el carácter de derecho simbólico de lucha penal contra el maltrato familiar y de género, al recogerse los tipos concretamente bajo un epígrafe común, y al recoger expresamente la agravante por razón de sexo en el ámbito doméstico, sin circunscribirlo al más limitado entorno de la pareja, e individualizando a la realidad concreta escapando de generalidades y estereotipos machistas o paternalistas, más acordes a la realidad de la evolución de la sociedad española.

9-Se potencia el carácter simbólico de la familia como bien esencial a proteger no tanto como institución en sí misma más propia de los delitos contra las relaciones familiares, sino como ámbito de desarrollo personal. A estos efectos sería conveniente trasladar a los delitos contra la violencia en el ámbito familiar los delitos de sustracción de menores y de abandono de familia, toda vez que las dos siguen siendo diferentes formas en las que se manifiesta el maltrato.

10-Ya no es necesario el tipo privilegiado del actual art. 153-4 Código Penal, porque su concurrencia conllevaría que no hay una grave perturbación del orden familiar, y por tanto, no se tipificaría como delito de violencia en el ámbito familiar sino que habría que acudir a los tipos básicos de lesiones o maltrato, quedando en todo caso siempre la posibilidad de suspender o sustituir la pena de prisión por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

11-El término paz familiar deviene por tradición jurisprudencial, por cuanto es el término acuñado por el Tribunal Supremo que se ha extendido a todas las audiencias y juzgados.

12-Permite articular mecanismos de protección de las “víctimas indirectas” que presentan una especial necesidad de protección, cuales son los menores, los incapaces y las personas especialmente vulnerables.

13-La desaparición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad evita la problemática derivada de las grandes diferencias penológicas entre la pena directamente impuesta en el tipo penal (sujeta a los límites genéricos por su

consideración de pena menos grave) y la derivada de su imposición como sustitutiva de la pena de prisión, libre de dichos límites. Dicha pena era usada por los Jueces para imponer una penalidad menor en los supuestos más leves, pero ello ya no es necesario con ésta propuesta de legislación, ya que la introducción del bien jurídico y del elemento subjetivo del tipo reconduce la violencia familiar a los supuestos en que realmente quede afectada la paz familiar, de manera que el resto de supuestos (es decir, los leves) se tipifiquen por los tipos básicos de maltrato, lesiones, amenazas o coacciones.

14- Se evitan parte de los problemas de participación, al desaparecer la especialidad respecto a la especial relación por razón de género de la Ley 1/2004 cuando el partícipe era un miembro familiar que no era el esposo, aunque subsisten respecto de los partícipes extraños al núcleo familiar, a los que serán de aplicación las normas generales.

5-1-2 Delitos de de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico

Art. 2-1 *El que por cualquier medio o procedimiento, con ánimo de menoscabar gravemente la paz y desenvolvimiento familiar, causare a otro **lesión de las contempladas en el art. 147-1** de este Código, cuando la víctima sea alguna de las contempladas en el artículo 1-1⁵¹⁸ de este Código, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de cinco a diez años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado*

⁵¹⁸ Según la numeración dada por nosotros en estos artículos, no la correspondiente al Código Penal

al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años.

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

Apartado 2- Podrá imponerse la pena de dos a cinco años cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concorra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores.

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán de hasta diez años.

*Apartado 3- Cuando las lesiones **causadas sean las de los art. 149 y 150 Código Penal**, se impondrán las penas previstas en los respectivos artículos en su mitad superior, y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior de uno a cinco años de la pena de prisión impuesta, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo superior hasta diez años de la pena de prisión impuesta.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, por tiempo superior hasta diez años de la pena de prisión impuesta. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

Cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores, se podrá imponer la pena superior en grado.

Apartado 4- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

Apartado 5- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Con esta legislación, que conllevaría la necesaria desaparición del art. 148-4 y 5 Código Penal (lesiones contra la pareja o persona especialmente vulnerable), y que

absorbería parte de los supuestos hasta el momento encuadrables en el art. 148-3 del mismo cuerpo legal (menores de doce años e incapaces) conseguimos:

1-Extender la protección de la familia a las lesiones más graves, que hasta el momento quedaban fuera de la legislación del ámbito doméstico, dando la impresión de que los actos más gravosos y lesivos para la familia no eran objeto de protección especializada, haciendo un efecto extraño frente a la penología impuesta para los hechos más leves como amenazas leves o maltrato, de manera que podría llegar a compartir la misma pena (de 6 meses a un año) tanto el hombre que manifiesta a su esposa “te vas a enterar” como la mujer que golpea a su marido con un cuchillo causándole lesiones constitutivas de delito.

2-Nuevamente, reforzamos el carácter simbólico de protección de la familia, esta vez frente a delitos más graves

3-Evitamos la visión paternalista de la mujer y la visión machista del hombre que se contenía en la anterior regulación, equiparándolos en protección y reforzando los principios de igualdad y de presunción de inocencia.

5-2 – Delitos contra la libertad I – Amenazas

Todas las amenazas se englobarían dentro de un mismo capítulo, recogiendo las diferentes distinciones contempladas para las amenazas graves:

Capítulo II De las amenazas

Art. 3-1 *El que **amenazare** a alguna de las personas contempladas en el art. 1-1 con ánimo de perturbar gravemente la paz familiar, con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un **mal que constituya delitos de homicidio**, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta cinco años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

*Apartado 2.- **Si la amenaza fuese condicional**, se podrá imponer la pena de dos a cinco años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta diez años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años, siempre y cuando no consiga su propósito.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su

domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

*Apartado 3- Cuando **se hubiera conseguido el propósito**, se podrá imponer la pena de tres a seis años de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta diez años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

Apartado 4- Las penas del apartado 1, 2 y 3 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores.

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán por tiempo superior hasta de diez años de la pena de prisión impuesta.

Apartado 5- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

*Art. 4-1 **Las amenazas de un mal no constitutivos de delito** a alguna de las personas contempladas en el art. 1-1 con ánimo de perturbar gravemente la paz familiar, se castigarán con las penas de seis meses a un año de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta cinco años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta cinco años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

*Apartado 2- **Si la amenaza fuera condicional**, con la pena de prisión de uno a tres años de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta cinco años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima

por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

*Apartado 3- Cuando **se hubiera conseguido el propósito**, se podrá imponer la pena de dos a cinco años de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta diez años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años. Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.*

Apartado 4- Las penas del apartado 1, 2 y 3 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores.

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán por tiempo superior hasta de diez años de la pena de prisión impuesta.

Apartado 5- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Art. 5 El que amenazare levemente a otro cuando se trate de una de las personas contempladas en el art. 2-1 de este Código se castigarán con la pena de 10 a 20 días de localización permanente o 10 a 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Con esta legislación conseguimos:

1-Mantener la proporcionalidad de la pena entre las conductas más leves y las más graves, adecuando la penalidad a las mismas y tomando como punto de referencia el resto de tipo penales.

2-Mantener el carácter simbólico de los delitos contra la familia, al extender el campo de acción hacia los actos más lesivos contra la misma, que antes carecían de regulación específica en el ámbito doméstico.

3-Evitar discriminación y tratamiento desigual entre los miembros del núcleo familiar, permitiendo extender las amenazas de género más allá de la esposa-mujer, tanto al resto de mujeres como a hombres, hermafroditas y transexuales.

4-Con la desaparición de los trabajos evitamos las desigualdades producidas según los trabajos se impongan como pena principal o como pena sustitutiva.

5-3 Delitos contra la libertad II. Coacciones

Todas las coacciones que contemplarían dentro del mismo Capítulo, contemplando los diferentes tipos de coacciones graves.

Capítulo III De las coacciones

Art. 6-1 El que con ánimo de perturbar gravemente la paz familiar, sin estar legítimamente autorizado impidiere con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, cuando se trate de alguna de las personas del art. 1-1 de este Código será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta cinco años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta diez años.

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta diez años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

Apartado 2- Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental o el ejercicio legítimo de la vivienda se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

Apartado 3- Las penas del apartado 1 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, o se perpetre utilizando armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores. Cuando se trate de supuestos del apartado 2, se podrá imponer las penas superiores en grado.

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán por tiempo superior hasta de diez años de la pena de prisión impuesta.

Apartado 4- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Art. 7 El que coaccionare levemente a otro cuando se trate de una de las personas contempladas en el art. 2-1 de este Código se castigarán con la pena de 10 a

20 días de localización permanente o 10 a 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Con esta regulación conseguimos los mismos beneficios que los expuestos con las amenazas, a los cuales nos remitimos.

5-4 Delitos contra la libertad III. Acoso familiar

Este artículo se crea exnovo, tomando como referencia los delitos de acoso sexual y laboral, y se englobaría dentro de un capítulo que permita diferenciarlo de los tipos de coacciones, dentro de las cuales se subsumían y aún se siguen subsumiendo este tipo de hechos.

Capítulo IV Del acoso en el ámbito familiar

Art. 8-1 *El que con ánimo de perturbar gravemente la paz familiar, de **forma continuada o habitual**, realizara actos que aún sin ser constitutivos de infracción penal supusieran una situación objetivamente humillante, hostil, intimidatoria u hostigadora hacia la víctima, cuando ésta se trate de una de las personas contempladas en el art. 1.1 de este Código, se impondrá la pena de 6 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de hasta cinco años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Asimismo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, prohibición de comunicarse con la víctima

por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, hasta cinco años. Dicho conformidad no será necesaria cuando la víctima sea menor o incapaz.

*Apartado 2- Podrá imponerse la pena de dos a cinco años de prisión **cuando el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable**, o se perpetre exhibiendo armas, o concurra discriminación por razón de sexo orientación o identidad sexual, o tengan lugar en el domicilio de la víctima incrementando la vulnerabilidad de la misma, o se realice en presencia de menores. Cuando se trate de supuestos del apartado 2 del artículo 6 de este Código, se podrá imponer las penas superiores en grado.*

En estos supuestos, las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, serán por tiempo superior hasta de diez años de la pena de prisión impuesta.

Apartado 3- Cuando la violencia ejercida afecte indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Mediante la presente propuesta legislativa conseguimos:

-Concretar los hechos que con la legislación actual tenían que calificarse como coacciones aunque no integraran exactamente el tipo penal, y que en ocasiones quedaban sin respuesta legal y por tanto, eran impunes.⁵¹⁹

⁵¹⁹ La sentencia núm. 198/2012 de 30 julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares incluye dentro del delito de coacciones la presencia continua del excónyuge en el domicilio familiar, manifestando que; “así se indica que no se trataba de hechos aislados sino repetidos, integrándose en “una espiral única de amedrentamiento contra la perjudicada, múltiples episodios que revisten una gran potencialidad perturbadora e intimidatorio”, debe recordarse que los hechos se repetían cada miércoles con motivo de la entrega de los menores y en su presencia, **todo ello unido a su comparecencia reiterada en el domicilio por las mañanas, a la existencia de seguimientos, actitud agresiva y desafiante en la entrega de los menores lo que determinó que la denunciante se viera obligada a modificar sus usos habituales, a solicitar la presencia de terceras personas en la entrega de los menores y en definitiva a que no pudiera desarrollar su vida personal de manera tranquila y sosegada, por lo que los hechos probados encuentran su encuadre en el tipo penal previamente definido.**” Asimismo, la sentencia núm. 39/2008 de 3 julio de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos incluye dentro del delito de coacciones los seguimientos, esperas a la salida del trabajo y el domicilio, las continuas llamadas, y finalmente amenazas e insultos, con ánimo de reanudar la relación sentimental, para lo cual establece que “De ello, se colige que, el inculpado, tras haber mantenido una relación sentimental estable con Marí Jose , durante dieciocho meses, aunque no de forma continuada, y que finalizó, a instancia de ésta, definitivamente en el mes de Diciembre de 2005, intentó en distintas ocasiones ponerse en contacto con la misma, con el fin de retomar la relación, ejerciendo presión sobre su voluntad, enviándole cartas, así como presentándose en los lugares públicos frecuentados por la misma, a las salidas del trabajo y a veces en presencia de su hija menor de edad, y enviándole numerosos mensajes desde su móvil personal, con el número NUM002 , e incluso desde el móvil de su madre con núm. NUM003, al teléfono móvil de la Marí Jose con el núm. NUM004, o al teléfono fijo del domicilio de su exmarido con el núm. NUM005, en la forma que consta documentada en el acta confeccionada por la Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos, obrante a los folios 64 a 67 de las actuaciones. En efecto, la conducta descrita, y que incluso llegó a materializarse físicamente en un acto de violencia, ocurrido en el domicilio de la víctima, a las 10:00 h. del día 8 de Abril de 2006, tal violencia necesaria para integrar el tipo de coacciones se ha concretado fundamentalmente de forma psíquica, impidiendo a la denunciante hacer lo que la ley no le prohíbe u obligándola a hacer lo que no quiere, sea justo e injusto. Es decir, en este concreto caso, lo que se ha impedido a la denunciante es desarrollar su vida con normalidad, tranquilidad y sosiego, rehaciendo su vida tras la traumática ruptura con el inculpado, realizando sus ocupaciones habituales sin obstáculo alguno y así poder desempeñar sus obligaciones como madre y trabajadora sin la presión constante de un individuo, de cuyas intenciones desconfiaba, en cuanto que el mismo no había aceptado de buen grado la ruptura de la relación sentimental, intentando quebrar la voluntad de la misma para que volviera a retomar la relación, también con insultos y amenazas, incluso al testigo D. Humberto , actual compañero de la denunciante.”

-Se evitan los problemas de penalidad y de vulneración del principio de proporcionalidad derivados de que una coacción grave pudiera conllevar menos pena que una coacción leve, en ambos casos por el marido a la esposa.

5-5 Delitos de violencia habitual

Capítulo V De la violencia habitual en el ámbito familiar

Art. 9-1 El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre alguna de las personas contempladas en el art. 1-1 de este Código, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos lesivos, así como los delitos de amenazas o coacciones de los artículos 4 y 6 de éste Código.

Apartado 2- Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Apartado 3- Cuando la violencia ejercida afecte directa o indirectamente a menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, el Juez o Tribunal podrá

acordar las medidas de prohibición de comunicación y aproximación también respecto de estos, sin que sea preciso la conformidad de la víctima o del representante legal del menor, incapaz o persona especialmente vulnerable.

Con esta regulación conseguimos:

1-Puesta en relación con el resto de conductas tipificadas, salvar la problemática de *ne bis in idem* en las agravantes contempladas respecto de los actos individualmente considerados y el de la violencia habitual.

2-Se soluciona la problemática de las altas penas que hasta ahora resultaban por la comisión de varias infracciones de carácter leve (vejaciones, amenazas y coacciones leves, y el maltrato), cuya penalidad queda absorbida por el de la violencia habitual

3-No es necesaria la coletilla relativa al elemento del tipo subjetivo, porque ya es inherente al propio concepto de violencia habitual la perturbación de la paz familiar.

5-6 Delitos contra el honor

Capítulo VI De las vejaciones graves en el ámbito familiar

Art-10-1 *El que, con ánimo de perturbar gravemente la paz familiar, lesionara la dignidad de alguna de las personas contempladas en el art. 1-1 de éste Código,*

menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación mediante cualquier forma de acción o expresión, será castigado con la pena de 3 a 6 meses de prisión.

Apartado 2- Cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado en aras a la protección de la víctima, y previa conformidad de ésta, podrá imponer la prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio personal, oral, escrito, o telemático y/o acercarse a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios así como cualquier otro lugar que la misma frecuente, por un periodo de hasta 3 años.

1-Se plantea la desaparición del Art. 620-2 inciso final de la falta de injurias, vejaciones injustas, amenazas o coacciones leves en el ámbito familiar, y que pasarían a ser competencia de la jurisdicción civil previa demanda de la víctima o su representante legal (o en el caso de menores o incapaces, el Ministerio Fiscal).

2-Nuevamente, se hace uso del Derecho Penal simbólico en aras a recalcar la necesidad del respeto dentro del ámbito familiar, y de la sensibilización del legislador penal ante las infracciones más graves que socaban el libre desarrollo de la personalidad del individuo dentro del ámbito familiar por el menoscabo a su autoestima, honor, consideración y reputación dentro de la estructura familiar.

6-La ejecución de la pena. ¿Cumplimiento de los fines que tiene asignados o incremento de los problemas estructurales que han originado la comisión del acto violento?

6-1 La Suspensión de la Pena. La condición obligatoria de alejamiento ¿forma de protección a la víctima o forma de agravamiento de la desestructuración familiar?

Art. 83-1-1º, 2º, 5º y 6º Código Penal “La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al art. 80.2⁵²⁰ de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes: 1º Prohibición de acudir a determinados lugares. 2º Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. (...) 5º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares. 6º Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime conveniente para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado.⁵²¹”

⁵²⁰ “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.”

⁵²¹ La negrita es nuestra, para remarcar las especialidades referidas a la violencia de género.

El primer aspecto problemático con el que nos enfrentamos al hablar de la suspensión es la disposición del apartado 6º, que establece unas condiciones de obligado cumplimiento para el penado⁵²², cuando el mismo lo sea por delitos relacionados con violencia de género, sin especificar qué considera violencia de género. Como ya hemos visto, el articulado de todos los tipos delictivos analizados (maltrato, lesiones, amenazas, coacciones, vejaciones o violencia habitual) no contempla la expresión violencia de género, y para ello hay que acudir a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar de la Ley 1/2004, que como también hemos visto, se refiere a la Violencia de Género como violencia sobre las mujeres, y solo de forma tangencial, se hace una mínima referencia en el último párrafo del apartado II de la Exposición de Motivos a que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan **también a los menores** que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”, pero sin concretar que la violencia sobre éstos pueda considerarse violencia de género.

El art. 2 b) de la Ley prevé como principio rector “consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”. Por lo tanto, parece que la ley que consagró

⁵²² Lo que supone la introducción dentro del sistema de suspensión y sustitución de penas del derecho Español, de la denominada *Probation*, proveniente del derecho anglosajón y que supone la no imposición de la pena condicionada al cumplimiento de una serie de deberes. En este sentido, véase Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción en “Derecho Penal Español. Parte general” 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2010, pág. 585 y ss; Armendáriz León, Carmen en V.V.A.A. “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en *La Aplicación de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Coord. María del Carmen Molina Blázquez, Editorial Bosch, Barcelona 2005, 115 y ss.

el art. 83-1-6º Código Penal se refiere única y exclusivamente a la violencia de género ejercida contra la mujer. Teniendo en cuenta además el art. 1-1 de dicha Ley 1/2004, que contempla que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”, queda establecido que la concreta referencia a la violencia de género se hace desde la contemplación de la misma como la ejercida por el hombre hacia la que es o ha sido esposa o pareja⁵²³.

En este sentido se expresa la jurisprudencia, que se manifiesta diciendo que “por su parte, deben entenderse delitos relacionados con la violencia de género aquellos que se hayan cometido sobre mujer que sea o haya sido esposa o esté o haya estado ligada al autor (varón) por una relación de afectividad análoga al matrimonio aún sin convivencia⁵²⁴”. Por su parte la doctrina apenas se ha pronunciado sobre la problemática, sino haciendo referencia de forma genérica⁵²⁵ al término violencia de

⁵²³ Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “Violencia de género: Discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006, pág. 19 a 24, ofrece también una interpretación restrictiva coincidente con la expuesta en términos generales.

⁵²⁴ Auto núm. 212/2008 de 27 febrero de la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual expone que la aplicación preceptiva de la pena de aproximación es solo respecto de la violencia de género, excluyendo la violencia doméstica, y en el caso concreto, revocando la prohibición de aproximación a la hija menor víctima de maltrato.

⁵²⁵ Para Rodríguez Ramos, Luis; Martínez Guerra, Amparo; Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel; Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín; y Colina Oquendo, Pedro en “Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales Especiales y complementarias”, Dir. Luis Rodríguez Ramos, Coord. Amparo Martínez Guerra, La Ley 4ª Edición, 2001, pág. 503 y 504, al hablar del presente artículo se refiere a los arts. 153 y 173-2 Código Penal de forma genérica. Para Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes; Magaldi Paternostros, María José; Rebollo Vargas, Rafael; Cugat Mauri, Miriam; y Baucells Lladós, Joan en “Comentarios al Código Penal

género, si bien los que lo hacen concluyen que debe restringirse a los supuestos en que el agresor es el hombre y la víctima la que es o ha sido mujer⁵²⁶.

Por otro lado, y en la otra vertiente del mismo problema, solo se considerarán los delitos de violencia de género respecto de las conductas violentas que integran los tipos específicos de dicha violencia (maltrato, amenazas, coacciones, violencia habitual), pero no otras conductas que hubieran servido de base, por ejemplo, para apreciar un delito de violencia habitual (por ejemplo, daños, agresiones sexuales, etc...) ⁵²⁷.

Como fundamentos de la imposición obligatoria⁵²⁸ de las condiciones, Rueda Martín enumera varios aspectos que el legislador pudiera haber tenido en cuenta, cuales son; garantizar la seguridad de la mujer, resocializar al penado, implicación del

Parte General”, Dirs. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011, pág. 703, la expresión “relacionados con la violencia de género” debe entenderse “como la que une al delito violento sobre la mujer con el concepto de violencia de género, de modo que no se incluyen aquí eventuales comportamientos colaterales o accesorios al mismo”.

⁵²⁶ Por todos, Martínez Pardo, Vicente José en “La ejecución de las penas en los delitos de violencia de género” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 527.

⁵²⁷ En este sentido, Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes; Magaldi Paternostros, María José; Rebollo Vargas, Rafael; Cugat Mauri, Miriam; y Baucells Lladós, Joan en “Comentarios al Código Penal Parte General”, Dirs. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011, pág. 703, la expresión “relacionados con la violencia de género” debe entenderse “como la que une al delito violento sobre la mujer con el concepto de violencia de género, de modo que no se incluyen aquí eventuales comportamientos colaterales o accesorios al mismo”.

⁵²⁸ Parte de la doctrina de psicología y sociología ya criticaba, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, la facultad de suspender o sustituir la pena en los delitos del antiguo art. 153 Código Penal, como Concepción Molina, María en V.V.A.A. “Género y psicología” en *Protección penal de la Mujer frente a la Violencia Doméstica*, Edits. Ana García-Mina y María José Carrasco Galán, Universidad Pontificia de Comillas, Alcobendas 2003, pág. 71 y 72.

penado en los programas de formación, eliminación de factores criminógenos y refuerzo de la función de prevención especial respecto de la suspensión de la condena, manifestando que “todas estas finalidades explican que en los delitos de violencia de género se impongan obligatoriamente las reglas de conducta (...)” para continuar diciendo que “podemos, entonces, concluir que la imposición de obligaciones, deberes o reglas de conducta, ya sea con carácter potestativo u obligatorio, en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (...) ha supuesto un endurecimiento de los correspondientes institutos inspirados tradicionalmente en las exigencias de la prevención especial, y que responde a las necesidades derivadas de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico.”⁵²⁹ Como señala Subijana⁵³⁰, existe “una presunción normativa de peligrosidad criminal en toda violencia en la relación de pareja (de ahí la imposición obligatoria de reglas de conducta y la estipulación imperativa de la revocación cuando se produce su incumplimiento), sin margen alguno para que el operador jurídico pueda adecuar la reacción a las circunstancias de cada caso, tratamiento propio de la estrategia actuarial”.

En nuestra consideración, el legislador ha incurrido en varios errores que se traducen en que los Tribunales, y sobre todo, penados y víctimas, encuentran mayores problemas para la solventación y ruptura del ciclo de violencia y de cualesquiera otras circunstancias problemáticas familiares que incidieran de alguna manera en la comisión del delito, como detonante, condicionante o coadyuvante al mismo.

⁵²⁹ Rueda Martín, María Ángeles en “Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género”, Editorial Dykinson, Madrid 2007, pág. 48 y ss.

⁵³⁰ Subijana Zunzunegui, Ignacio José en “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 12-05, 2010, pág. 11 y 12.

Primeramente hemos de mencionar que sin entrar en consideraciones generales sobre los fines y funciones de la pena, que excedería en mucho el ámbito de la presente tesis, simplemente hay que reseñar que tanto doctrina⁵³¹ como jurisprudencia⁵³² señalan como fines de la pena la retribución, la prevención general positiva y negativa, y la prevención especial positiva y negativa, teniendo por tanto como uno de los fines (que no el único) la resocialización del penado como manifestación más clara de la prevención especial positiva.

Cuando hablamos de delitos de violencia de género en el ámbito de la pareja, obviamente los planes resocializadores tienen que tener como objetivo permitir al penado desarrollar técnicas y habilidades sociales suficientes para su integración en el medio social donde éstas han fracasado, es decir, la familia, y concretamente y en lo que al artículo en cuestión se refiere, la pareja (no podemos olvidar que solo se prevé la obligatoriedad de las condiciones respecto de la violencia de género en la concepción del legislador, es decir, del hombre respecto a la que es o fue esposa o pareja).

Reinsertarse en la pareja y en la familia no constituye un derecho fundamental del penado por violencia de género, pero sí lo es que la pena cumpla los fines preventivo-especiales positivos respecto del mismo, sin que ello suponga obviar los otros fines que le son inherentes. Tampoco podemos olvidar a las ya de por sí

⁵³¹ Por todos, Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción en “Derecho Penal Español. Parte general” 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2010, pág. 515 y ss. Para una visión más profunda de la función y fines de la pena, Octavio de Toledo, Emilio en “Sobre el Concepto de Derecho Penal”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1981, pág. 189 a 300.

⁵³² Auto núm. 151/2012 de 8 mayo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz; “Entenderlo de otra manera sería negar los fines retributivos y de prevención general y especial que persiguen las penas y fundamentan el Derecho Penal”.

olvidadas víctimas del delito, a las cuales solo se las tiene en cuenta (solo a efectos de ser escuchadas, y no siempre) en cuanto que se opongan a que el penado pueda acercarse o comunicarse con las mismas, y en cuanto a la concesión de la suspensión o sustitución de la pena (aunque la ley no lo prevé, es frecuente que los Juzgados sí las recojan comparecencia a estos efectos), pero no en cuanto a la no imposición obligatoria de las condiciones, y de las consecuencias negativas que dichas medidas pueden conllevar respecto de éstas; precariedad o mayor esfuerzo económico familiar, pérdida de lazos afectivos entre los menores y el padre, imposibilidad de reanudar de forma normalizada las relaciones de pareja y familiares, desestructuración familiar, o aislamiento familiar del penado que puede conllevar el empeoramiento de las causas y circunstancias que motivaron el hecho violento. Y todo ello, no podemos olvidarlo tampoco, por hechos que pueden ser aislados y ocasionales, así como leves.

Es decir, el que en una discusión durante un enfado el marido dijera a la esposa “como sigas así te voy a dar una leche”, puede tener como consecuencia la imposición de una pena cuya suspensión por un periodo mínimo de dos años, conlleva la obligatoriedad de que en esos dos años el marido no pueda aproximarse a la esposa y por tanto, convivir con ésta, y en consecuencia, con los hijos u otros miembros integrados en el núcleo familiar, que tenga que abandonar en consecuencia el domicilio familiar (o el cónyuge en su caso) con los costes económicos que ello supone que en muchos casos es inasumible puesto que implica mantener dos viviendas, que durante dos años los menores pierdan el contacto habitual con uno de los dos progenitores y por tanto que éste no pueda cumplir con sus obligaciones de educación y afecto para con sus hijos en las condiciones más óptimas para éstos, imposibilidad de ampliar la familia si ello entraba en los planes de la pareja (que a determinadas edades

puede suponer la imposibilidad de poder tener más hijos), o incluso imposibilidad de asistir al cónyuge enfermo o al hijo enfermo.

Por ello consideramos que la obligación de imponer la prohibición de alejamiento, de acudir a determinados lugares (generalmente domicilio y trabajo víctima) y obligación de asistencia a programas formativos supone más que una forma de cumplimiento del fin de la pena “resocialización”, un obstáculo al cumplimiento del mismo, siendo un contrasentido apartar al penado del núcleo social al que va dirigido a reinsertarse por una presunción de peligrosidad *iuris et de iure*, cuando hay voluntad de la familia de mantener la convivencia y no constan riesgos significativos para la familia o la pareja, o éstos pueden paliarse por otras vías (tratamientos de deshabitación, o programas formativos, etc...) ⁵³³. Se contradice además dicha obligatoriedad con los principios rectores de la “individualización de la pena” ⁵³⁴ y con el tratamiento individualizado de las circunstancias concurrentes a la hora de determinar si procede o no la suspensión. También hay que tener en cuenta que al

⁵³³ Como señala Faraldo Cabana, Patricia en “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 435 y 435, “la efectividad del tratamiento también se relaciona con el hecho de que se lleve a cabo en libertad, y no dentro de la prisión, por lo que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión combinada **con un programa de tratamiento dirigido específicamente al maltratados o a los dos miembros de la pareja, en este último caso cuando la mujer decida mantener la relación sentimental, parece una intervención más efectiva que otras posibles respuestas penales que carecen de ese enfoque específico, como podría ser centrarse únicamente en la sanción y el control, sin pretender la rehabilitación**”.

⁵³⁴ Rodríguez Ramos, Luis; Martínez Guerra, Amparo; Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel; Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín; y Colina Oquendo, Pedro en “Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales Especiales y complementarias”, Dir. Luis Rodríguez Ramos, Coord. Amparo Martínez Guerra, La Ley 4ª Edición, 2001, pág. 503; “La necesidad de atender a las características de cada hecho y de cada autor desaconseja el establecimiento de criterios generales que puedan incidir en la última fase de individualización de la pena o en el plazo de concesión de suspensión, por lo que la línea de actuación más eficaz se encuentra en el terreno de amortización de contenidos.”

penado no se le imposibilita tener otra familia y que por tanto pueda seguir manteniendo una conducta delictiva en este sentido, no eliminándose por tanto la peligrosidad social del penado con las medidas impuestas, sino que el único objetivo conseguido es una protección no siempre pedida y no siempre necesaria, hacia la víctima y en su caso, los familiares del delito de género.

La única vía abierta por el legislador para escapar de la obligatoriedad de las condiciones una vez impuesta la pena es el indulto de la pena, con los enormes costes procesales y económicos que conlleva, así como los retrasos de procedimiento, y que en la práctica es infructuoso ante la denegación automática de los mismos. Eso sí, no hay obstáculos para la concesión de la suspensión de la pena durante la tramitación del indulto, toda vez que podría quedar vacío de contenido y eficacia si se obligara al cumplimiento de la suspensión durante la tramitación del mismo, dada la duración de las penas de prisión, que podrían ser hasta un mínimo de 3 meses de prisión, y por tanto la suspensión durante la tramitación estará condicionada a las circunstancias concurrentes y a las especiales necesidades de protección de la víctima.

La otra alternativa abierta por el legislador, y que tiene carácter previo puesto que debe contemplarse en sentencia, es la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la cual no puede ponerse sin el consentimiento expreso del penado (al que rara vez se le pregunta durante la vista oral sobre su aceptación en todo caso respecto de la realización de los trabajos, dada la inercia del Ministerio Fiscal a no solicitar dichos trabajos como pena, de la defensa a no realizar actos tendentes a considerar a sus clientes como culpables y merecedores de pena, y a la posibilidad de que se pueda considerar que se ha prejuzgado por el juzgador si es éste el que lo

pregunta), pero que sin embargo no conlleva las condiciones de asistencia a cursos formativos o de prohibición de acercamiento o comunicación.

Ello demuestra la incoherencia y/o la falta de previsión del legislador, que deja una laguna de “impunidad” poco entendible partiendo de un presupuesto en el que se considera la necesidad extrema de que siempre que se imponga prisión se someta al penado a la prohibición de acercamiento y a la obligación de asistir a programas formativos, descartando la facultación del juzgador para decidir, atendiendo las circunstancias personales del sujeto activo y del hecho cometido así como de la realidad familiar, si procede o no la imposición de dichas medidas.

Esa presunción *iuris et de iure* de que siempre que se suspenda la pena de prisión procede la imposición de las condiciones casa muy mal con el vacío creado en cuanto que se posibilita que el juez imponga la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no tiene la consideración de tipo agravado sino únicamente de pena alternativa⁵³⁵, y para el que no cabe la posibilidad de condicionarlo a la realización de dicho programa, que no se prevé como pena en el art. 33 sino como condición en el art. 83, ambos del Código Penal.

Es obligado mencionar que desde el ejercicio del Derecho Penal ante los Juzgados hemos observado como en la práctica es habitual que la condición de

⁵³⁵ Pena que como señala Rueda Martín, María Ángeles en “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006, pág. 291, implica la realización de actividades de utilidad pública, y no destinadas a reparación del daño causado.

asistencia al programa formativo no se imponga⁵³⁶ o una vez impuesta no se cumpla, bien por negligencia judicial y del Ministerio Fiscal, bien por falta de medios para poder desarrollar dichos programas, sin que ello repercuta en la concesión de la suspensión en el penado, al que no se puede responsabilizar ni obligar a soportar las consecuencias de negligencias ajenas o falta de medios disponibles por la Administración⁵³⁷. Asimismo, no es requisito legal que los cursos o programas tengan que ir destinados a la rehabilitación del penado en cuanto a la violencia de género, dada la amplitud de cursos que contempla el apartado 5 (por ejemplo, medio ambiente), por lo que dependerá del juzgador o del Coordinador de los Programas correspondiente quien decidirá el contenido del programa⁵³⁸. Tampoco es necesario un aprovechamiento real del curso, es decir, la comprobación de que el penado ha

⁵³⁶ Auto núm. 448/2009 de 27 octubre de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, concede la suspensión de una pena de prisión de 21 meses por periodo de cuatro años, condicionado al cumplimiento de las condiciones de prohibición y aproximación a la víctima impuestas en sentencia. También el Auto núm. 81/2005 de 30 junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén concede la suspensión por un delito de malos tratos habituales condicionándola solo a la prohibición de aproximación y comunicación, sin imposición de programa formativo.

⁵³⁷ En este sentido, es preciso recordar que como expone Larrauri, Elena en “Los programas formativos como medida penal alternativa a los casos de violencia de género ocasional” en *Avances de investigación en criminología. Revista de la Sociedad Española de Investigación Criminológica año 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 113, “la mayoría de personas que asisten a estos programas suelen ser condenados por violencia ocasional (art. 153 CP), esto es, de bajo riesgo”.

⁵³⁸ Sobre el contenido y la estructura de los programas, véase Magro Servet, Vicente en “Los planes formativos de reeducación en la ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre como medidas complementarias en la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 CP)” en *Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 401 y ss; y Gallizo Llamas, Mercedes en “La intervención penitenciaria con los penados por delitos de violencia de género y violencia doméstica”, en la misma obra comunitaria, pág. 433 y ss.

entendido, interiorizado y/o asumido los valores impartidos en el curso, sino simplemente la participación en el programa⁵³⁹.

Finalmente, cuando el penado lo es con la concurrencia de atenuante o eximente incompleta de adicción a las sustancias del art. 20-2 Código Penal, cabe aplicar las condiciones de la suspensión prevista para tales adictos, sin perjuicio de aplicar las obligaciones o condiciones impuestas para delitos de violencia de género, sin que se considere que exista solapación del programa de deshabituación con el programa formativo de género⁵⁴⁰.

6-2 Incumplimiento de las condiciones de la suspensión de la pena de delitos de Violencia de Género

Art. 84-3 Código Penal “En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

⁵³⁹ En el mismo sentido, Martí Cruchaga, Vicente en “El sistema penal frente a la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 181

⁵⁴⁰ El Auto núm. 663/2008 de 3 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla suspende la pena impuesta, condicionada tanto a la continuación del programa de deshabituación como al cumplimiento de los programas formativos “para autores de violencia doméstica” –nomenclatura que por otro lado choca, puesto que ya hemos visto como no se prevé dichos programas con carácter obligatorio para los autores de violencia doméstica, sino solo de género desde la concepción del legislador-.

Nuevamente el legislador prevé de forma obligatoria la revocación de la pena por incumplimiento de las condiciones impuestas, en una presunción *iuris et de iure* de la existencia de una situación objetiva de peligro hacia la víctima o de la peligrosidad del penado, sin tener en cuenta ni permitir que el juzgador pueda valorar las concretas circunstancias concurrentes e inherentes al sujeto activo, a la víctima, a la situación social y familiar, y al delito cometido. Son de reiterar todos los aspectos problemáticos y las argumentaciones realizadas en el apartado anterior respecto a dicha obligatoriedad, y las gravosísimas consecuencias que puede conllevar la misma no solo respecto del penado, sino sobre todo para las víctimas directas o indirectas del delito y para la pervivencia del núcleo familiar.

También son de aplicación las mismas consideraciones expuestas en el apartado 4-1-3-4 cuando media el consentimiento de la esposa, puesto que a priori el cumplimiento de las resoluciones judiciales imperativas en el orden penal no pueden quedar al arbitrio de las partes, sin perjuicio de que sean de aplicación los mismos argumentos expuestos respecto al quebrantamiento de medida cautelar, por cuanto la condición se asemeja a ésta en la diferente naturaleza respecto de la pena. Si la pena es la consecuencia jurídica del delito, tanto la medida cautelar como la condición parecen tener su fundamento en la necesidad de protección de la víctima, si bien los problemas interpretativos provienen por cuanto la medida cautelar no es de obligada imposición sino que procede ante la existencia de una situación objetiva de riesgo durante la instrucción y/o enjuiciamiento de la causa, mientras que la condición de suspensión es de obligada imposición en el ámbito de la ejecución de la pena, sin que requiera la acreditación de la existencia de situación objetiva de riesgo hacia la

víctima. Por ello, la ya mencionada interpretación judicial⁵⁴¹ de que el consentimiento de la víctima conlleva el cese de los efectos de la medida cautelar se encuentra aquí con el problema de que ya no nos encontramos en la fase de instrucción o enjuiciamiento de la causa, cuando al imputado o acusado le acoge el principio de presunción de inocencia y la medida tiene razón de ser por la necesidad de protección de la víctima, y por tanto cabe la posibilidad de vincular la existencia de aquélla a la pervivencia de dicha esta necesidad.

Aquí nos encontramos con que el acusado ha pasado a ser condenado, y por tanto ya no le acoge el principio de presunción de inocencia, y ya no hablamos de medidas destinadas a la protección, sino de condiciones para la aplicación de una medida excepcional de cumplimiento de la pena efectivamente impuesta e individualizada, cuál es la suspensión. Por todo ello, la condición, aunque encuentra su fundamento en la necesidad de protección de la víctima, no es una medida de protección, sino una parte integrante de la ejecución de la pena, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio del penado ni de la víctima. Por ello consideramos que a efectos del cumplimiento de la condición es irrelevante el consentimiento de la víctima⁵⁴².

⁵⁴¹ Sentencia núm. 1156/2005 de 26 septiembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁵⁴² Lo que no obsta para criticar la poca relevancia que se le da a la víctima en proceso de ejecución de las penas, y las alternativas de suspensión y sustitución, más sangrante si cabe por la especial relación entre el penado y la víctima, y lo mucho que le afectan las decisiones que en fase ejecutiva se adoptan respecto del primero. La ley ni siquiera prevé el que se escuche a la víctima antes de suspender o sustituir la pena, si bien los juzgados motu proprio si suelen oírla antes de dictar resolución. En este sentido, Torres Rosell, Nuria en “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 475. Sobre el interés de la víctima en la ejecución penal, pág. 476 y ss.

Asimismo, aunque hay que tener en cuenta que si bien tiene carácter imperativo el cumplimiento de las condiciones y por tanto el incumplimiento de las mismas conlleva la revocación de la suspensión, existe cierta flexibilidad en cuanto a las mismas⁵⁴³ en cuanto a la condición de asistencia a programa formativo, por cuanto en la práctica se permite hacer alegaciones al penado por los motivos del incumplimiento, y la asistencia al programa dentro de unos límites, se establece con arreglo a las posibilidades de éste en relación a horarios laborales u otras circunstancias. Por todo ello, el incumplimiento de un programa determinado puede conllevar simplemente la sustitución por otro, y solo procede la revocación de la suspensión cuando de los hechos se desprende la negativa del penado a realizar el programa.

Por último, es necesario acreditar fehacientemente el incumplimiento de la condición, por lo que cuando se trata de la inasistencia al programa formativo se hará mediante certificado del centro donde se desarrolla dicho programa, planteándose los mayores problemas respecto a la prohibición de acercamiento. La acreditación del incumplimiento de la condición de prohibición de acercamiento o comunicación en su caso, generalmente quedará acreditado por la existencia de sentencia firme que acredite el quebrantamiento. Pero la acreditación por sentencia no puede ser requisito

⁵⁴³ Reafirma el carácter imperativo del enunciado del apartado 6º el Auto núm. 380/2008 de 3 diciembre de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, si bien de forma suavizada, por cuanto confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal que revocaba la suspensión de la pena, ante el incumplimiento “reiterado” del cumplimiento de la condición de participar en programas formativos, a pesar de la adaptabilidad al horario laboral. En el mismo sentido, el Auto núm. 116/2007 de 19 febrero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, manifiesta la revocación obligatoria ante el incumplimiento del programa formativo, pero establece la posibilidad de comunicar por parte del penado las circunstancias que impiden el cumplimiento del programa propuesto para su modificación por el Juzgado de Ejecuciones o por la dirección del Programa de Mantenimiento.

imprescindible, toda vez que dado el largo lapso de tiempo entre el incumplimiento y la posible sentencia, existiría una situación objetiva de riesgo hacia la víctima que pondría en peligro la integridad física de ésta o su vida. Asimismo, el incumplimiento no tiene porqué suponer un ilícito penal (podría ser consentido, además de que la condición no es una pena, por lo que no supone un delito de quebrantamiento sino se ha impuesto la prohibición de aproximación también como pena en la sentencia), por lo que cabe la acreditación del incumplimiento por cualquier medio válido en derecho (grabaciones, reconocimiento del propio penado, declaración de la víctima o testigos como pueden ser agentes de la autoridad, etc...).

6-3 La Sustitución de la pena y el incumplimiento de la pena sustitutiva

Art 88-1 inciso final Código Penal “(...) En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o el Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código.”

Es obligado realizar las mismas manifestaciones realizadas en el apartado 6-1 en cuanto a la obligatoriedad de la imposición de las condiciones, en este caso para la concesión de la sustitución de la pena. También hemos de mantener todo lo dispuesto

en cuanto a que las condiciones obligatorias lo son sólo por violencia de género, y no por violencia doméstica, por lo que reiteramos las argumentaciones esgrimidas.

Núñez Fernández plantea la duda de si rige, para la localización permanente, el límite máximo genérico⁵⁴⁴ establecido en el primer párrafo del art. 88-1 Código Penal de seis meses en relación a los delitos de violencia de género. Entendemos que no existen problemas interpretativos, toda vez que éstos no se plantean en cuanto a los límites de sustitución de penas por trabajos en beneficio de la comunidad. Si no nos planteamos problemas interpretativos en cuanto a la consideración de que no cabe la sustitución de una pena de prisión de 2 años y 6 meses por trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto excede el límite previsto en el art. 88-1 Código Penal, no entendemos porque tiene que haber problemas interpretativos a la hora de determinar si cabe o no la suspensión por localización permanente de un año de prisión, por cuanto también excede el límite de seis meses previsto en el mismo artículo del mismo código.

El no cumplimiento de la pena sustitutiva conlleva la revocación automática de la misma, procediéndose a ejecutar la pena inicialmente impuesta, descontando la parte efectivamente cumplida mediante la sustitución. Dicho incumplimiento no supone en modo alguno la comisión de un delito de quebrantamiento de condena⁵⁴⁵, toda vez que la pena se ejecuta con el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta. Sólo en el supuesto en que ésta tampoco se cumpla, podremos hablar del delito de quebrantamiento de condena del art. 468-2 Código Penal.

⁵⁴⁴ Núñez Fernández, José en V.V.A.A. "Curso de Derecho Penal Parte General", Editorial Dykinson S.L., Madrid 2011, pág. 903.

⁵⁴⁵ Ibidem, pág. 903.

7-Otras medidas legales penales y extrapenales de protección de las víctimas de violencia en el ámbito familiar.

La Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como su propio nombre indica, ha supuesto la modificación no solo del articulado penal, sino la adopción de medidas a todos los niveles jurídicos (penal, civil, procesal, administrativo, laborales) y extrajurídicos (sociales), algunos de los cuales, tienen relación directa con el Derecho Penal, y a los cuales haremos breve referencia para tratar de dar una visión global de conjunto. Tales medidas introducidas son las Órdenes de Protección⁵⁴⁶ y Medidas Cautelares de Alejamiento, medidas de carácter procesal que suponen una afectación además del Derecho Civil, toda vez que pueden imponer –las primeras– medidas de carácter civil en cuanto a la atribución domicilio, patria potestad y guardia y custodia de los menores, pensiones compensatorias y de alimentos, etc., o modificar medidas ya existentes como la supresión del régimen de visitas o modificación del mismo.

Otras medidas son la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que asumen las competencias penales y civiles en los delitos de violencia doméstica cuando al menos una de las víctimas es mujer y el sujeto activo es hombre que es o ha sido su pareja o marido, y asimismo, la Mediación Penal y la imposibilidad de acudir a la

⁵⁴⁶ Sobre la naturaleza de las medidas judiciales de protección a las víctimas y los aspectos procesales para su adopción, véase Aragonese Martínez, Sara en “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006, pág. 168 y ss, y Moreno Catena, Víctor en “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 207 y 208.

misma en los supuestos de violencia de género. Finalmente, la Ley posibilita el acceso a diversas medidas como ayudas económicas o pisos de acogida⁵⁴⁷.

7-1 La Orden de Protección y la Medida Cautelar de Alejamiento

Ante la existencia de una situación objetivo de riesgo hacia la víctima o víctimas de un delito de violencia doméstica y/o de género, el Ministerio Fiscal (sin perjuicio de la acusación particular) tiene la obligación de solicitar la adopción de Medidas Cautelares y Orden de Protección⁵⁴⁸ a favor de éstas⁵⁴⁹, tal y como se desprende del art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁵⁵⁰ y del art. 773-1 Ley

⁵⁴⁷ La doctrina alemana abogaba ya hace tiempo por la implantación de un sistema de protección a las víctimas del que en España somos pioneros. Véase por todos Gössel, Annemarie en "El alejamiento del domicilio familiar del agresor en el derecho alemán. La violencia doméstica y los actuales intentos legislativos para su contención", traducida por Miguel Polaino Navarrete, Revista de Derecho Privado, nueva época, nº 2, 2002, pág. 23 a 39,

⁵⁴⁸ La petición de las mismas se realiza en comparecencia, o en su caso, cuando se tramita mediante Diligencias Urgentes, en la propia acta del juicio Rápido. Asimismo, cuando la orden o medida ha sido adoptada por un órgano diferente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la misma deberá ser ratificada o en su caso modificada o dejada sin efecto por este Juzgado.

⁵⁴⁹ Cumpliría los fines de una concepción restringida de protección a la víctima, según Delgado Martín, Joaquín en "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Revista Xurídica Galega* nº 39, 2003, pág. 82 y ss., como forma de proteger a la víctima cuando ya ha sido víctima de un delito estableciendo "las condiciones necesarias para garantizar la seguridad de la misma", en contraposición de una concepción amplia de la protección a la víctima de un delito consistente en la porción de amparo.

⁵⁵⁰ "Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo primero, corresponde al Ministerio Fiscal: 1. Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. 2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales. 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. 5. Intervenir en el proceso penal, instando de la Autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas. 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás

de Enjuiciamiento Criminal⁵⁵¹, distinguiéndose las primeras de las segundas en varias cuestiones; las medidas cautelares tienen carácter estrictamente penal, mientras que las ordenes de protección permiten la posibilidad de acordar medidas de carácter civil y asistencial, por lo que la adopción de éstas últimas requiere preceptivamente la adopción de la orden. La orden de protección requiere obligatoriamente la existencia de una situación objetiva de riesgo⁵⁵² hacia la/s víctima/s beneficiarias de dicha orden,

que establezca la ley. 7. Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos. 8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros. 9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social. 10. Interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 11. Intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan. 12. Intervenir en los procesos judiciales de amparo. 13. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención. 14. Promover, o, en su caso, prestar, el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales. 15. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya.”

⁵⁵¹ “El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

El Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del Fiscal en este procedimiento, y en especial, respecto a la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 780.

Tan pronto como el Juez ordene la incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.”

⁵⁵² En caso de que la víctima vaya a permanecer un tiempo en el extranjero, y motivando la importancia de la necesidad de la protección, puede solicitarse la Orden Europea de Protección. Sobre sus requisitos y alcance, véase Oubiña Barbolla, Sabela en “La orden europea de Protección: realidad o ilusión” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia*

mientras que las medidas cautelares no requieren de dicha situación objetiva de riesgo y pueden traer causa en otros aspectos tales como la posibilidad de que el imputado pueda destruir medios de prueba, pueda sustraerse a la acción de la justicia, etc. La orden de protección requiere para su adopción la intervención del Ministerio Fiscal mediante comparecencia, no exigiéndose dicha intervención para las medidas cautelares. Finalmente, la orden de protección otorga a la víctima el status de protección integral por delito de violencia de género⁵⁵³ (que permite el acceso a las Ayudas Sociales), status que a priori no se obtiene con la adopción de una medida cautelar, si bien y en la práctica, los Servicios Sociales no prestan importancia a tal diferenciación formal, atendiendo a la realidad de los hechos y no a la vía procesal que se haya tenido en cuenta en aras a la protección de la víctima⁵⁵⁴. Una vez establecidas las diferencias básicas entre la orden de protección y las medidas cautelares, analizaremos brevemente las diferentes medidas que pueden adoptarse, penales en el caso de ambas, y civiles y asistenciales en el caso de las órdenes de protección.

7-1-1-Medidas penales. Referencia a la prisión y a la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima. Los dispositivos electrónicos de control. El consentimiento de la víctima para la aproximación.

restaurativa y mediación, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 263 y ss.

⁵⁵³ Art. 544-ter Ley Enjuiciamiento criminal; “5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.”

⁵⁵⁴ Gutiérrez Romero, Francisco Manuel en “Violencia de género: Justicia y práctica” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto Morales, Bosch Editor, España 2012, pág. 212, ya criticaba que la acreditación para obtener los derechos y ayudas se efectúe mediante la orden de protección, lo cual podía llevar a fraudes en su solicitud.

Las medidas penales que pueden adoptarse en el ámbito penal son las básicas existentes para cualquier delito, y en la que priman tres de ellas; la pena de prisión, la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, y la prohibición de acudir a determinados lugares, con la especialidad respecto a las dos últimas de la posibilidad de controlarse dichas medidas con la instalación de dispositivos electrónicos más conocidos como “pulseras” o “brazaletes”, y a los que ya hemos hecho mención.

En cuanto a la prisión preventiva, prácticamente no existe una problemática específica para su adopción, si bien si es necesario hacer mención al límite máximo, que para todos los delitos salvo el de violencia habitual y lesiones con tratamiento médico son seis meses. Ello en la práctica supone por un lado el total o casi total cumplimiento de la pena antes del enjuiciamiento (las penas por violencia de género tienen un marco penal de seis meses a un año, y en los supuestos de violencia doméstica de tres meses a un año, y el juzgador debe motivar en base a hechos probados por qué impone una pena que se aparta del límite inferior de la pena), y por otro lado, la imposibilidad de proteger mediante dicha medida cautelar a la víctima a medio y largo plazo, siendo únicamente efectiva a corto plazo, precisamente en el momento de mayor tensión, que es el de la denuncia y los momentos inmediatamente posteriores. Por todo ello, salvo en los supuestos especialmente gravosos de violencia habitual o de lesiones, la prisión se muestra ineficaz para otorgar protección a la víctima de una forma más o menos prolongada en el tiempo, de manera que permita a ésta rehacer su vida o adoptar otra serie de medidas tendentes a su protección a largo plazo.

En cuanto a las medidas de aproximación y acudir a determinados lugares, las mismas plantean problemas que abarcan desde el control de las mismas hasta los incumplimientos consentidos, o la indefinición temporal en su adopción.

La Ley 1/2004 permite que las medidas adoptadas lo sean por tiempo indefinido hasta finalización del proceso. Dicha posibilidad, noblemente pensada para la protección de la/s víctima/s del delito, puede acabar chocando con la realidad judicial y social; atascos judiciales⁵⁵⁵ por sobrecarga de trabajo, con la agravante de que los juzgados más colapsados son los que sufren un mayor trasiego de jueces titulares y sustitutos así como de secretarios, gestores y tramitadores, que ralentizan aún más el proceso puesto que con la llegada de cada juez o cada gestor, éstos tienen que empezar a mirar los procedimientos desde el principio, con lo que acaban durmiendo en estanterías en espera de practicar las mínimas diligencias probatorias; esperas de hasta casi tres años en algunos partidos judiciales para señalamiento de fecha para la vista oral desde que es recibida la causa por el Juzgado de lo Penal; a ello se une la complejidad de las relaciones familiares, de manera que con el tiempo estas relaciones cambian, bien porque las parejas vuelven a unirse, bien porque haya cambios en las necesidades de cuidado de los hijos, bien por múltiples variables teniendo en cuenta las nuevas realidades socio-familiares propiciadas por cambios de costumbres y factores migratorios.

⁵⁵⁵ Como ejemplo de retrasos judiciales, la Sentencia núm. 238/2011 de 21 marzo de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo apreció atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas por una causa sin especial complejidad cuya tramitación se alargó durante 10 años. La Sentencia núm. 168/2012 de 14 marzo de la misma Sala puso fin al procedimiento en 2012 sobre hechos acaecidos en 2004. En la Sentencia núm. 609/2012 de 8 junio de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en mayo de 2011 condenado por un delito de amenazas leves por hechos cometidos en 2006, prolongando las medidas cautelares acordadas en dicho año.

Todo ello conlleva que las medidas adoptadas, pensadas inicialmente para corto o medio plazo, teniendo en cuenta que se imponen a personas a los que acoge la presunción de inocencia y en las fases más iniciales del procedimiento, cuando apenas se han practicado las declaraciones de la víctima y el imputado, se prolonguen *sine die* de manera que de facto hay medidas cautelares que por amenazas leves se han mantenido durante seis años dado el colapso judicial y la inercia a no revocar medidas de seguridad sino consta acreditada la desaparición de la situación objetiva de riesgo; seis años que suponen un tiempo superior incluso al que se le habría impuesto por varias condenas, y que el imputado ha soportado aún acogiéndole el principio de presunción de inocencia, y en causas de supuesta tramitación sin grado de complejidad. De esta manera, el sujeto activo que a veces ni siquiera llega a tener la consideración no ya de penado, sino de acusado (solo de imputado), soporta durante años medidas sumamente restrictivas de sus derechos fundamentales puesto que afectan a los aspectos más íntimos de una persona, como son la familia, los hijos o el domicilio, junto a la libertad deambulatoria.

Asimismo, la a veces extrema duración de las medidas se ve agravado por las propias vicisitudes del procedimiento, por ejemplo, cuando las diligencias previas se transforman en procedimiento abreviado, o sobre todo, cuando ha recaído sentencia, sobre todo si es absolutoria, y la misma no es firme, bien por no haberse notificado, o bien por haber sido apelada, y dicha sentencia no se pronuncia sobre el mantenimiento o no de las medidas acordadas. Ello plantea graves problemas de error, a veces de difícil solventación, por cuanto ¿tiene el acusado que saber que la sentencia que le ha sido notificada ha sido apelada y no es firme, y que por tanto podemos

entender que no se ha puesto fin al procedimiento y la medida sigue vigente?
¿Realmente sigue vigente esa medida si la sentencia no se pronuncia sobre su vigencia,
y el auto por el que se acordó ha recurrido a la clausula genérica de “hasta que finalice
la tramitación del proceso” para señalar la vigencia de la medida?

Por todo ello entendemos que frente a la comprensiva necesidad de protección
de las víctimas, también es necesario que se respeten los derechos del imputado que
aún no ha sido condenado y por el que todavía vela el principio de presunción de
inocencia, y por tanto que procede dictaminar lapsos de tiempo garantistas que
concreten el tiempo exacto de duración de la medida, sin perjuicio de que las mismas
puedan ser prologadas cuando sea necesario, sin caer en automatismos e inercias⁵⁵⁶.

Por otro lado, es necesario hacer referencia a los problemas que se plantean en
cuanto al control de cumplimiento de las medidas. Si bien en la mayor parte de los
supuestos la mera imposición de la medida es suficiente como medio eficaz de lograr
que el imputado no se aproxime o tenga contacto con la víctima, y ello en cuanto que
los hechos por los que se imponen no olvidemos que tienen naturaleza leve (amenazas
leves, coacciones leves, maltrato o lesiones sin tratamiento), en los casos en que la
situación de riesgo objetivo no solo estriba en la elevada posibilidad de que si los
sujetos del delito mantienen contacto se sigan produciendo hechos delictivos, sino que
de la conducta del sujeto activo se ve una actitud realmente agresiva para con la
víctima, la mera imposición de la medida no es suficiente para conseguir proteger a la
víctima.

⁵⁵⁶ Peramato Martín, Teresa en “Medidas cautelares y penas en el ámbito de la violencia de género” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 162 y 163.

La mera existencia del auto judicial acordando la prohibición de que el imputado se acerque o comunique con la víctima no impide que de hecho el sujeto no se aproxime a ésta y vuelva a cometer un acto violento. La posibilidad de que agentes de policía o guardia civil protejan a la víctima es irrealizable e irreal, porque aunque los protocolos de actuación permitan que éstos efectúen vigilancias preventivas, éstas se limitan a rondas esporádicas en las cercanías de la vivienda o lugar de trabajo y a puestas en contacto con la víctima a efectos de comprobar si ha tenido problemas o no con el imputado⁵⁵⁷. También hemos visto como la prisión preventiva no es un modo suficiente a medio y largo plazo para proteger a la víctima, dado el tiempo limitado por el que puede acordarse para estos delitos. Y la protección mediante el abandono por el sujeto pasivo de la vivienda que ha sido domicilio conyugal accediendo a otra vivienda o un piso de acogida es altamente agresiva para la víctima produciendo un agravamiento en su estado de victimización, y por tanto, debe reservarse para los casos más extremos⁵⁵⁸.

Por todo ello, la forma más habitual de control es el dispositivo electrónico consistente en sendos brazaletes o pulseras que deben portar tanto el sujeto activo como la víctima o víctimas, y en un receptor o dispositivo del que el sujeto activo no

⁵⁵⁷ En cuanto a las normas de actuación policial para la aplicación de las órdenes de protección en el ámbito penal, véase Del Pozo Pérez, Marta en “Violencia doméstica y juicio de faltas”, Editorial Atelier, Barcelona 2006, pág. 174 a 183; y Muñoz Rodríguez, Ana María en “Intervención policial en los casos de violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010, pág. 229 a 242.

⁵⁵⁸ Sobre este tipo de medidas, véase Ferrer García, Ana en “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley integral” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005, pág. 303 y ss.

puede alejarse. Dicho dispositivo además debe cargarse como la batería de un teléfono móvil. Por el propio mecanismo de funcionamiento del dispositivo electrónico es preceptivo que exista consentimiento no solo del penado, sino también de la víctima tanto para imponerlo como para mantenerlo.

Obviamente no puede obligarse a la víctima o persona a proteger a portar el dispositivo, puesto que la misma no está imputada en la causa, siendo su condición en la misma la de testigo o perjudicada. ¿Puede hacerse recaer sobre el imputado la consecuencia negativa de que la víctima se niegue a portar el dispositivo, si de la causa se desprende una extrema situación objetiva de riesgo hacia la misma y la alternativa real de protección es la prisión preventiva? Y por otro lado, ¿puede obligarse al imputado a portar el dispositivo y mantenerlo en condiciones de funcionamiento, a veces durante años?

En cuanto a la primera pregunta, entendemos que sobre el imputado no puede recaer una medida más gravosa (prisión) cuando la no imposición de la medida menos gravosa (prohibición de aproximación con control mediante dispositivo) no depende de él sino de factores externos (falta de consentimiento del perjudicado), del mismo modo que no haríamos recaer sobre él la imposibilidad de poner el dispositivo por ejemplo, por falta de medios técnicos.

En cuanto a la segunda pregunta, ya hemos expuesto como entendemos (en contra del criterio de la Fiscalía que mantiene que puede haber un delito de desobediencia que no de quebrantamiento cuando el imputado no colabora con la instalación o mantenimiento del dispositivo siendo requerido judicialmente para ello),

que el hecho de portar el dispositivo y de mantenerlo en funcionamiento, cargar con el receptor puesto que no puede separarse del mismo a una determinada distancia, y tener que cargar la batería, son trabajos que requieren obligatoriamente el consentimiento del penado, y que no existe delito por la negativa del mismo a la instalación, y que solo desde la perspectiva de la aceptación por parte del imputado de la instalación y mantenimiento del dispositivo, la falta de mantenimiento posterior o desinstalación particular del mismo podría conllevar la comisión del delito de desobediencia o de quebrantamiento (cuando se den las condiciones expuestas anteriormente).

Otro problema que plantea la instalación de dispositivos es que los mismos están pensados básicamente para los supuestos de violencia de género en el ámbito conyugal, es decir, cuando sujetos activo y pasivo son o han sido pareja, siendo la víctima la mujer. Por ello, los protocolos de actuación se realizan desde esa concepción, y las empresas encargadas de la instalación y control de dispositivos son reacias a la instalación de los mismos cuando la víctima no es la esposa, sino por ejemplo uno de los hijos, generalmente menores, de la pareja.

Finalmente respecto de los dispositivos de control de las medidas de alejamiento, no podemos olvidar la estigmatización que sufren los portadores de la pulsera, que en el caso de los perjudicados del delito se convierte en una nueva forma de victimización terciaria, ya que queda patente para los terceros que la portadora es o ha sido víctima de violencia de género, y por tanto, de forma tácita se está haciendo pública una de las facetas más íntimas de la persona, que no solo tiene que pasar por la situación de violencia y posteriormente por el proceso judicial, sino que a nivel

social y laboral acaba haciendo pública la manera en que se desarrolla o ha desarrollado su vida personal, en su aspecto más denigrante y vejatorio para su dignidad personal. Factores que sin duda influyen en la negativa de las víctimas para portar la pulsera, sobre todo en aquellas que ya la han portado con anterioridad.

En cuanto a la imposición de las medidas, recordar lo ya expuesto en el apartado 4-1-3-4 respecto a la problemática desatada por los quebrantamientos de medida cautelar cuando media el consentimiento de la víctima (consentimiento que llega a extremos de quitarse la víctima la pulsera de detección para poder mantener relaciones sexuales con el imputado) y la jurisprudencia cambiante que ha existido al respecto. No podemos olvidar que las medidas de protección pueden acordarse aun en contra de la voluntad de la víctima. Generalmente las medidas en contra de la voluntad de ésta se imponen porque; o bien existen otras víctimas del delito como son hijos menores a los que también hay que proteger; o bien porque la situación objetiva de riesgo es extrema; o bien porque se considera que la capacidad de decisión de la víctima está viciado por el propio miedo hacia el imputado o por una situación de dependencia respecto del mismo. Por estos condicionantes, es difícil que cuando no existe voluntad de la víctima de cumplir con la medida impuesta, ésta tenga alguna eficacia real de protección, cuanto más cuando impide el control por medio del dispositivo electrónico.

El consentimiento de la víctima conlleva además otro problema añadido, y es que cuando es la propia víctima la que coadyuva o se convierte en la promotora del quebrantamiento, hemos de plantearnos si la misma es autora o partícipe de un delito de quebrantamiento, que recordemos, es un delito contra la Administración de Justicia

y que por tanto, como señala parte de la jurisprudencia que ya hemos reseñado, el incumplimiento de la resolución judicial no puede quedar al arbitrio de las partes. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias no cabe plantear la hipótesis de que la víctima pueda ser cooperadora necesaria o inductora del delito de quebrantamiento, por cuanto supondría “una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos»⁵⁵⁹”, eliminando la situación de riesgo objetivo y la necesidad de la medida. No se ha podido encontrarse por el autor jurisprudencia en sentido contrario que condene a la víctima coadyuvante por un delito de quebrantamiento, ni como coautora ni como partícipe.

La doctrina por su parte se encuentra dividida, y frente a autores como Ramos Vázquez⁵⁶⁰ o Vallejo Jaén⁵⁶¹ que defienden la posibilidad de considerar cooperadora necesaria o inductora a la mujer que coadyuva al quebrantamiento de la orden, otros autores como D’Argemir y Queralt⁵⁶² o Peramato Martín⁵⁶³ consideran la impunidad

⁵⁵⁹ Sentencia núm. 637/2010 de 15 abril de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid que parafrasea la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2005 de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁵⁶⁰ Ramos Vázquez, José Antonio en “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC) nº 10, 2006, disponible en internet el día 18-07-2013, pág. 1227 y ss.

⁵⁶¹ Jaén Vallejo, Manuel en “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006, pág. 74

⁵⁶² Comas D’Argemir i Cendra, Monserrat y Queralt Jiménez, Joan en V.V.A.A. “Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo” en *La violencia de género: Política Criminal y Ley Penal*, Editorial Civitas, Madrid 2005, pág. 1223.

⁵⁶³ Peramato Martín, Teresa en “La violencia de género e intrafamiliar en el derecho Penal Español” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 62.

de la conducta en base a que el consentimiento excluye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y a que la víctima que no quiere ser protegida se acaba convirtiendo en reo del delito de quebrantamiento.

Desde nuestra concepción, no existe obstáculo alguno desde un punto de vista dogmático para considerar que la víctima que coopera o induce al imputado a quebrantar la medida impuesta tenga tal consideración de partícipe (salvo vicios en el consentimiento), siendo el único obstáculo el miedo institucional a encausar a la que ha sido víctima de un delito de violencia doméstica y la repercusión mediática que dicha encausamiento produciría en la sociedad española anteponiendo criterios simbólicos a criterios dogmáticos y jurídicos.

Y ello por cuanto, como expone Ramos Vázquez en la obra reseñada, el consentimiento no excluye la situación objetiva de riesgo, toda vez que ésta depende básicamente de los actos y la voluntad del imputado en mayor parte, y no de la víctima que solo puede tratar de menguar el mismo. Ni la convivencia ni el consentimiento para el quebrantamiento pueden considerarse modos de disminución de dicho riesgo, sino en todo caso lo contrario, un modo de aumentar el mismo. Pero en todo caso, es irrelevante la desaparición del riesgo en cuanto que tal hecho solo podría conllevar que se dicte una nueva resolución judicial para que deje ésta sin efecto, por cuanto el bien jurídico protegido en los delitos de quebrantamiento no estriba en la situación de riesgo ni la integridad física o la vida de la víctima, sino en el eficaz cumplimiento de las resoluciones judiciales, el cual sí se ve afectado por el quebrantamiento exista o no consentimiento. En cuanto a la consideración de la afectación de la víctima por cuanto

queda reo del delito de quebrantamiento, hemos de realizar las mismas apreciaciones, en cuanto que todo ciudadano queda sujeto a las resoluciones judiciales y a todo ciudadano, incluso cuando haya sido víctima de delito, le es exigible que no participe ni sea autor de otro delito, debiendo acudir a las vías legales existentes para hacer valer sus derechos o intereses (por ejemplo, solicitar de los juzgados que se deje sin efecto las medidas acordadas).

Finalmente, en el orden penal es necesario hacer referencia también a la práctica habitual en los Juicios Rápidos de Conformidad de no solicitar, y en su caso, no acordar, a pesar de la existencia de una situación objetiva de riesgo, de la orden de protección o medida cautelar, cuando no es necesario adoptar medidas civiles. Las raíces de dicha práctica estriban en que de forma inmediata se va a dictar sentencia condenatoria en la que se han de imponer de forma obligatoria, como ya hemos visto, medidas de alejamiento, y en su caso, puesto que es obligatorio pronunciarse en el acta de conformidad sobre la suspensión y sustitución de la pena impuesta, en caso de concederse ésta en el consiguiente auto que también se dicta de forma inmediata, la condición de prohibición de aproximación. Por ello se piensa que la orden o medida cautelar es ineficaz, puesto que no tiene vigencia en cuanto que al mismo tiempo que se dicta la orden se dicta la sentencia que va a dejar sin efecto dicha orden o medida y en su caso el auto de suspensión o sustitución que va a acordar las mismas condiciones si nos encontramos ante supuestos de violencia de género, y por tanto, carece de eficacia temporal.

Ello es cierto de forma parcial, puesto que si bien en la mayor parte de supuestos efectivamente la orden o medida cautelar va a perder su vigencia en el

mismo momento de su adopción, en otros supuestos y dado que la sentencia puede sufrir diversas vicisitudes (por ejemplo, infracción de derechos fundamentales durante la tramitación de la causa, imposición de una pena superior a la legalmente establecido) que puede conllevar la nulidad de la sentencia y/o del procedimiento, en el supuesto de que no se hubiera solicitado y acordado la orden o medida, entonces la víctima quedaría sin protección cuando se anulara la sentencia. Por ello es esencial solicitar siempre e instar al Juzgado a que dicte auto resolviendo sobre la adopción o no de la orden o conformidad, aun cuando nos encontremos ante una conformidad.

7-1-2-Medidas Civiles. Su uso como vía rápida para obtener medidas en casos de ruptura matrimonial. Falta de prueba y consecuencias. La falta de interposición de la demanda civil. Problemas de adopción y cumplimiento de las medidas.

La posibilidad de adoptar y modificar medidas civiles relativas al matrimonio y a los hijos de éste en el procedimiento penal, con carácter además urgente de manera que en apenas unas horas después del acto de violencia ya se hayan adoptado medidas de regularización de aspectos tan esenciales como atribución del domicilio familiar, pensión compensatoria, pensión de alimentos, patria potestad de los menores, guardia y custodia o régimen de visitas es la gran novedad de la Ley 1/2004. De esta manera se tratan de paliar los problemas derivados de un largo proceso civil y la necesaria convivencia entre los cónyuges hasta la adopción de las medidas antes mencionadas (que puede llegar a agravar la situación de la víctima), o que se acuerden las medidas penales sin adoptar un régimen de adecuada protección hacia la parte denunciante y los menores que puedan haber, al no poder adoptarse en el orden penal decisiones tan elementales como la atribución del domicilio y la contribución del sujeto activo a las

cargas familiares. Las medidas adoptadas en el orden civil tienen la vigencia de treinta días⁵⁶⁴, plazo en el que debe de interponerse la correspondiente demanda de separación o divorcio, y una vez interpuesta la demanda, las medidas se prolongan automáticamente durante otro plazo de treinta días, en el que deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto.

La realidad en el uso diario de las ordenes de protección con contenido civil sin embargo no están exento de problemas que, a pesar de ser adoptadas como manifiesta Cuenca Ruiz⁵⁶⁵ respetando “principios tan relevantes como el de proporcionalidad, necesidad, contradicción, audiencia y defensa, se están haciendo más evidentes con el transcurso del tiempo desde que entraron en vigor, pero que en la mayor parte de los supuestos tienen pocos visos de poder solventarse jurídicamente como a continuación veremos.

Uno de los principales problemas con que se encuentran los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es el uso indiscriminado que se trata de hacer de las órdenes de protección por parte de los letrados para obtener resoluciones casi inmediatas en cuanto a las medidas económicas, de guardia y custodia y de régimen de visitas. Una denuncia por un delito relacionado con la violencia de género es casi una garantía de

⁵⁶⁴ Art. 544-ter apartado 7 segundo párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; “Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente”.

⁵⁶⁵ Cuenca Ruiz, Ana en “Orden de Protección” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 218 y 219

obtener de forma inmediata una resolución sobre los aspectos más problemáticos de la separación o divorcio, por lo que supone un reclamo para evitar las semanas o meses que de otro modo supondrían de espera en un Juzgado de Primera Instancia.

De esta manera se interpone la denuncia ante el Juzgado, se solicita la orden de protección, se obtienen medidas civiles y en apenas unas pocas horas, se consigue que el cónyuge o pareja haya abandonado el domicilio familiar con atribución del mismo a la parte denunciante, la guardia y custodia de los menores, el régimen de visitas, la pensión de alimentos y en su caso compensatoria, y todo ello sin haber tenido que realizar una mínima actividad probatoria por ejemplo en cuanto a los ingresos de las partes o las necesidades económicas de los menores, salvo la declaración del imputado y la denunciante, o los posibles testigos que hubieran sido citados policialmente o por la parte denunciante para acudir al Juzgado de Instrucción o de Violencia. Y ello sin haber tenido que acreditar tampoco la culpabilidad del imputado, toda vez que generalmente la orden se adopta en la fase más inicial del procedimiento, y por tanto habiendo realizado una escasa actividad probatoria y acogiendo al imputado el derecho a la presunción de inocencia. La consecuencia principal de ello es el colapso judicial producido en algunos juzgados por la acumulación de procedimientos civiles en el Juzgado de Violencia, que generalmente y fuera de las grandes ciudades, es único.

El colapso produce otro efecto colateral, que es el retraso en la tramitación de las restantes causas de violencia. La práctica equiparación de las consecuencias jurídicas y el tratamiento de hechos leves (coacciones leves o amenazas leves por ejemplo) con actos de violencia habitual realmente grave no permite a los juzgados

priorizar unas causas de otras, por lo que finalmente los casos de violencia más extremos acaban teniendo que retrasarse porque la acumulación de casos por actos leves, mucho más frecuentes, llenan la agenda de señalamientos. A estos efectos es preciso mencionar que puesto que los procedimientos civiles de violencia sobre la mujer se tramitan en los propios Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y que estos reciben durante su horario todos los procedimientos igual que si fuera un Juzgado de Guardia, no pueden ocupar toda la mañana con señalamientos, teniendo por tanto que señalar solo unos pocos teniendo que dejar al menos la mitad de la mañana para tener tiempo de tramitar los juicios rápidos y ordenes de protección que puedan entrar en horario de audiencias, y además, solo pueden señalar los días que tienen asignada la sala de vistas, ya que las mismas suelen ser compartidas con otros juzgados.

En cuanto a la falta de actividad probatoria para acordar las medidas civiles, ello conlleva un problema añadido para el Ministerio Fiscal y sobre todo, para el Juzgador, a la hora de solicitar y de acordar respectivamente las diferentes medidas, especialmente las económicas y de régimen de visitas, porque existe un absoluto desconocimiento de la realidad familiar, de la capacidad económica de sus integrantes, de las necesidades reales de los menores, de los horarios de éstos o de los padres, de donde va a residir el cónyuge que abandona el domicilio familiar, etc.... Por ello, la tendencia generalizada es solicitar y acordar pensiones bajas que atiendan no a estas realidades, sino a los mínimos de subsistencia necesarios para cubrir las necesidades durante la vigencia de las medidas (treinta días), y regímenes de visita centrado en fines de semana alternos, a la espera de que en el proceso civil se realice una mayor actividad probatoria. Sin embargo, en el procedimiento civil, para modificar medidas ya adoptadas es necesario demostrar o que han variado las circunstancias que

aconsejaron las medidas adoptadas en la orden⁵⁶⁶, o que no se tuvieron en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Y ello, además de la propia inercia inmovilista de las resoluciones judiciales una vez adoptadas, por lo que las medidas adoptadas para evitar precariedad económica durante una situación transitoria se acaban convirtiendo en permanentes. La precariedad económica que en ocasiones se deriva de la situación de urgencia en la que se adoptan las medidas civiles, y que está pensada para supuestos excepcionales, acaba conllevando en ocasiones que las víctimas vuelvan con el agresor.

Otro problema añadido y que necesitaría de respuesta legislativa es el vacío jurídico que se produce cuando, tras aprobar la orden de protección con las medidas civiles, con posterioridad no se interpone la demanda o ésta se interpone fuera del plazo de los treinta días estipulados en el art. 544 ter 7º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero tampoco se reanuda la convivencia conyugal (lo que además sería imposible teniendo en cuenta que las medidas civiles tienen que ser adoptadas en una orden de protección, lo que requiere la existencia de una situación objetiva de riesgo hacia la víctima y en su caso el resto de la familia, por lo que necesariamente se tienen que haber adoptado medidas penales, siendo las básicas la prohibición de comunicación y aproximación (con o sin dispositivo electrónico de control). Transcurridos los treinta días sin interposición de la demanda, las medidas civiles

⁵⁶⁶ Según el art. 91 del Código Civil; “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. **Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.**”

quedan automáticamente sin efecto, pero no así las medidas penales, que se mantienen durante el tiempo estipulado, generalmente hasta “que recaiga resolución definitiva que ponga fin al procedimiento y durante la tramitación de los eventuales recursos que pudieran interponerse, o hasta que sea dejada sin efecto por otra resolución de forma expresa.”

Ello conlleva una automática situación de desamparo ya no hacia la víctima, sino generalmente y cuando los hay, hacia los menores y demás personas dependientes de los cónyuges. No cabe la reunificación familiar y la reanudación de la convivencia mientras existan las medidas penales, por lo que necesariamente requiere que se deje sin efecto la orden de protección, previa solicitud por escrito, remisión a las partes y al Ministerio Fiscal, y nuevo auto acordando dejar sin efecto las medidas o manteniendo las mismas. Todo ello conlleva un lapso de tiempo más o menos prolongado, sobre todo por las remisiones a las partes y al Fiscal, y teniendo en cuenta que cuando el acto violento ha afectado directamente a los menores o se entiende que existe situación objetiva de riesgo hacia los mismo, las medidas respecto a éstos no se suelen modificar manteniéndose aún en contra de la voluntad de la denunciante.

Una vez que se quedan sin efecto las medidas civiles por inactividad de las partes para interponer la demanda o por su interposición tardía, y no pudiéndose reanudar la convivencia por la persistencia de las medidas penales, nos encontramos con que no existe regulación en cuanto a ningún aspecto relativo a pensiones, régimen de visitas, atribución del domicilio o guarda y custodia. No existen problemas en cuanto a la atribución del domicilio, porque la persistencia de las medidas penales impide que el imputado pueda aproximarse con la víctima, y por tanto, si le fuera

entregado el domicilio a ésta, acudir al mismo y reiniciar la convivencia. Pero por otro lado, si el sujeto activo hubiera seguido viviendo en el domicilio conyugal por abandono del mismo del sujeto pasivo, podría aprovechar un régimen de visitas o acudir al colegio y recoger a los menores, y reintegrarlos a dicho domicilio puesto que la atribución del domicilio familiar corresponde a los hijos⁵⁶⁷, y ya no existe atribución de la guardia y custodia a ninguno de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos puede desempeñar dicha función. Podría dejar de pasar pensión compensatoria, y en cuanto a la pensión de alimentos, no tendría por qué abonar la pensión establecida, salvo en los mínimos imprescindibles por los que se satisfagan las necesidades de los menores para evitar incurrir en un delito de abandono de familia del art. 226 del Código Penal⁵⁶⁸.

Por otro lado, tampoco mantiene la vigencia el régimen de visitas establecido en auto, por lo que la parte que ostente de facto la guardia y custodia podría impedir que los menores tuvieran contacto con el otro progenitor, supuesto relativamente frecuente (y no por el hecho de que haya situación de violencia doméstica). De esta manera, los menores pueden convertirse en armas arrojadas entre los cónyuges, con los subsiguientes perjuicios hacia los primeros, creándose una situación de desamparo que necesitaría de respuesta legislativa ya que la situación de desamparo de los

⁵⁶⁷ Según el art. 96 del Código Civil, “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

⁵⁶⁸ “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.”

menores o personas especialmente vulnerables no puede quedar finalmente al arbitrio de los cónyuges que provocan dicha situación de desamparo.

Otra problemática existente, aunque menor, es la imposibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda solicitar pensión compensatoria en la orden de protección a favor de la víctima, ya que su intervención queda reducida a menores o incapaces. Esta imposibilidad obliga a la mujer, si desea solicitar dicha pensión compensatoria, a estar representada desde el primer momento con letrado, con los consiguientes gastos económicos (bien para la víctima o bien para la Comunidad Autónoma si ésta es beneficiaria de Justicia Gratuita), además de la demora de tiempo en el procedimiento que conlleva. Si bien desde un punto de vista jurídico es lógico pensar que la función del Ministerio Fiscal debe reducirse a velar por los intereses⁵⁶⁹ de aquellas personas que no pueden hacer valer sus derechos por sí mismas, y en algunos casos como son las órdenes de protección, a ejercitarlos en su nombre, de manera que la víctima capaz y mayor de edad deba ser la que ejerza sus derechos sin intervenciones ajenas, mantener esta postura de forma rígida es tener una visión muy pobre de la realidad judicial y de la propia realidad de las víctimas.

En primer lugar, tenemos que reseñar que la víctima no es asistida de letrado en su declaración policial salvo que expresamente lo solicite, lo cual es excepcional, tanto porque no siempre saben que tienen ese Derecho (aunque les sea explicado por los propios agentes, dado el momento post-acto violento en el que son informadas, y

⁵⁶⁹ El art. 3-7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 24/2007 de 9 de octubre determina entre las funciones del Ministerio Fiscal; “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

por tanto, con sus capacidades alteradas) o no siempre entran dentro de los parámetros de Asistencia Jurídica Gratuita, y no desean abonar una representación letrada y procesal que no saben qué coste económico va a tener hasta que ya la han solicitado y por tanto devengado al menos parte de su abono. Por tanto, generalmente es en el Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la mujer, dependiendo el momento en que haya ocurrido los hechos y por tanto cuándo se remite la causa al Juzgado, cuando la víctima solicita ser asistida por letrado de oficio, y además, en el momento en que le va a ser tomada declaración. Al margen de Juzgados como los de Madrid u otras capitales grandes, lo normal es que los letrados de oficio turnen a varios juzgados del mismo partido judicial, o en todo caso, que asistan a todas las víctimas que haya en el mismo partido judicial o en una localidad. Y por ello, hasta que no se va a dar inicio a las declaraciones, no se llama al letrado de la víctima o éste nos e desplaza hasta ese momento, el cual puede tardar horas en comparecer, porque puede estar realizando actuaciones de guardia en comisarías o puestos de la Guardia Civil, o en otros juzgados, de manera que a veces la consecuencia es que han tenido que suspenderse todas las actuaciones hasta la personación del letrado, hasta el día siguiente. Suspensión que conlleva una nueva victimización para el sujeto pasivo, y que el detenido pueda permanecer otras 24 horas más detenido en espera de que se adopten medidas sobre su situación personal o sobre la orden de protección.

En segundo lugar, no todas las víctimas llegan en un estado óptimo para poder decidir que quieren o no hacer, decisión que deben de tomar en un corto lapso de tiempo y después de una experiencia que cuanto menos ha sido desagradable, cuando no realmente traumática. Asimismo, no podemos confundir que la víctima tenga derecho a ser asistida por letrado y a solicitar e instar las medidas que considere

necesarias en cuanto a la pensión compensatoria u otros aspectos matrimoniales que queden fuera de la esfera de intervención del Ministerio Fiscal, y otra muy distinta que para hacer valerlas obligatoriamente tenga que ser asistida de letrado, al menos en la fase más inicial como es en la solicitud de la orden de protección.

Teniendo en cuenta los medios reales de personal, económicos y de medios con que se cuentan en los servicios de guardia en los que habitualmente (casi en la totalidad) se adoptan las ordenes de protección tanto por Juzgados, como Ministerio Fiscal como letrados, sería de desear para evitar situaciones de mayor victimización e incluso desamparo hacia la víctima, mayor vulneración de los derechos y garantías de los detenidos, cuya situación de privación de libertad se prolonga, mayores gastos procesales y pérdidas de tiempo a todos los intervinientes (letrados, personal del Juzgado y Ministerio Fiscal), que se permitiera la posibilidad de solicitar pensión compensatoria al Fiscal en nombre de la parte perjudicada, una vez escuchada a la misma, y sin perjuicio de que posteriormente en la demanda (para la que ya goza de tiempo para buscar letrado y asesorarse con la debida diligencia) la víctima se ratifique en las medidas o solicite su modificación.

Otra problemática, agravada con la crisis económica, es la relativa el cumplimiento de los regímenes de visita acordados en la orden de protección por cuanto a los mismos acompañan medidas penales de prohibición y comunicación, por lo que el imputado sobre el que se ha dictado la orden no puede efectuar la recogida y entrega de los menores de la forma habitual, es decir, en el domicilio de éstos. Cuando los cónyuges disponen de terceras personas que pueden efectuar la recogida y entrega de los menores no hay problema, pero cuando no se dispone de terceros (generalmente

extranjeros con nulos apoyos familiares o sociales), es necesario acudir a los llamados Puntos de Encuentro. Actualmente, y motivado por la crisis económica, estamos pasando por un proceso de desaparición de los mismos.

De esta manera, se provoca una situación de imposibilidad de hacer entrega de los menores, hecho que se ve agravado en los supuestos en que la visita se realiza íntegramente en el interior del Punto de Encuentro y este no es solo un mero lugar de entrega. Se produce por tanto una situación de desamparo creado por las Administraciones Públicas, que impide a los menores poder ver a su progenitor y a ser educados y tener un trato formalizado con el mismo. Teniendo en cuenta la imperatividad de las penas de alejamiento o en todo caso, la lentitud de los procesos judiciales aunque el imputado finalmente resulte absuelto, la situación de necesidad del Punto de Encuentro puede prolongarse meses e incluso años, en los que los menores no tienen contacto con el progenitor encausado y produciéndose en los mismos una situación de desarraigo, vulnerándose los derechos fundamentales de los mismos.

La desaparición de los Puntos de Encuentro ha supuesto en todo caso y cuando ha sido posible, la derivación de supuestos de recogida y entrega a Puntos que se encuentran a muchísimos kilómetros del domicilio de los menores, con el alto coste económico, en tiempo y de desgaste personal y emocional que ello conlleva.

Finalmente, simplemente mencionar la imposibilidad de atribuir la guarda y custodia compartida⁵⁷⁰, consecuencia lógica de la propia naturaleza de la dicha

⁵⁷⁰ Según el art. 92.7 del Código Civil, "no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad

medida, por cuanto la misma requiere una excepcional comunicación de los progenitores en relación a los menores, que no puede darse en cuanto que existen medidas penales encaminadas a que uno de ellos o ambos no puedan aproximarse al otro o mutuamente. Sin embargo, la imposibilidad de acordar la guardia y custodia conjunta en situaciones de indicios de que exista violencia de género ha desembocado en una mala praxis por parte de algunos letrados que insinúan en sus demandas, aún sin interponer denuncia, que sus defendidas son víctimas de “maltrato” generalmente psicológico, para evitar la misma, y que tiene como consecuencia la celebración de comparecencia con el representante del Ministerio Fiscal a efectos de determinar si se trata de un supuesto de violencia de género y por tanto corresponde el enjuiciamiento ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y la deducción a favor del mismo para la tramitación no solo del proceso matrimonial, sino del penal por los hechos manifestados, o no⁵⁷¹. Todo ello con el consiguiente coste procesal y dilaciones en la tramitación del expediente.

física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. **Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica**".

⁵⁷¹ Ballesteros Moreno, Constanza en “Tutela judicial” en V.V.A.A. *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dir. Elviro Aranda, Editorial Dykinson Madrid 2005, pág. 138; “En caso de no existir proceso ante el Juez de Violencia sobre la Mujer, pero el juez civil de conocimiento tiene noticia de conductas que pueden configurar violencia de género, deberá convocar una audiencia con el fin de que el Fiscal conozca la situación y proceda a denunciar o solicitar una orden de protección. En este caso el juez civil continúa conociendo hasta tanto no sea requerida su inhibición ‘por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer’”.

7-2 Medidas de Asistencia y Protección Social. La denuncia como medio de acceso a las mismas y los problemas que ello plantea

Cuando hablamos de la Ley 1/2004, no podemos olvidar que la misma es una ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y que por tanto, no es una mera ley de reforma de parte del articulado del Código Penal, sino que hablamos de una ley multidisciplinar que se extiende a todos los ámbitos del derecho, incluido el asistencial⁵⁷², dado el carácter de problemática social de la violencia doméstica y de género⁵⁷³, y como manifiesta Pérez del Campo⁵⁷⁴ “las víctimas, las

⁵⁷² La Circular 6/2011 de la Fiscalía General de Estado se manifiesta a estos efectos en el siguiente sentido; “La Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, plenamente vigente, nos dice que *“la protección integral de las víctimas de violencia de género, objeto y fin de la Ley 1/2004, se articula tanto sobre un conjunto de medidas de naturaleza penal y judicial como sobre otras, no menos importantes, de amparo institucional, configurando todo un sistema normativo de asistencia a la víctima de carácter jurídico, económico, social, laboral y administrativo, asentado en principios de solidaridad social. Así, los capítulos II y III (arts. 21 a 26) del Título II de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recogen medidas de protección en el ámbito laboral y de Seguridad Social respecto de las mujeres trabajadoras por cuenta propia o ajena y de las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, tales como el derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo o a la extinción del contrato de trabajo con derecho a la situación legal de desempleo, y el Capítulo IV (art. 27), determinadas ayudas públicas de carácter pecuniario para las mujeres víctimas de violencia de género sin ingresos o con ingresos mínimos. Estas concretas medidas tienen por objeto posibilitar que las víctimas afronten el proceso contra sus agresores sin riesgos innecesarios, garantizarles un mínimo de cobertura económica que evite situaciones materiales de desamparo económico y en definitiva, coadyuvar a su recuperación psicológica al margen de presiones. Es en este contexto, en el que el legislador ha condicionado el reconocimiento de tales derechos, en determinados casos, a la existencia de un informe que debe emitir el Ministerio Fiscal”*. Se consolida así, la posición del Fiscal como órgano constitucional idóneo para, junto al ejercicio de la acción penal que se le encomienda, realizar de la forma más rápida y efectiva la protección de las víctimas (artículos 3 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal y artículo 773.1 de la LECr), atribuyendo al Fiscal la legitimación para emitir acreditaciones que van a desplegar sus efectos ante las administraciones que tiene encomendada la asistencia social a estas víctimas. Esta asistencia social ha sido ampliada a otras esferas no recogidas en los artículos mencionados de la LO 1/2004, a través de la modificación posterior de otras leyes.”

⁵⁷³ Sobre el carácter de problema social de la violencia doméstica, y el papel de la administración en las prestaciones sociales a la mujer víctima de violencia de género, véase Villalba Pérez, Francisca en “La Administración Pública ante la violencia de género” en V.V.A.A.,

mujeres y sus hijas e hijos, tienen que recibir una atención integral, de larga duración, para poder recuperarse de los daños psicofísicos causados a sus vidas por el caos de la agresividad soportada.

Dicha ley ha encontrado además complemento y continuación en la Ley de Estrategia Nacional de Erradicación de la Violencia contra la Mujer con vigencia de 2013 a 2016 y escasa y menguante dotación presupuestaria, que contempla 258 medidas de actuación para incidir en la solución de cuatro problemas básicos que se resumen en; el silencio de las mujeres y el entorno de las mismas⁵⁷⁵; coordinación de las Administraciones Públicas para dar una respuesta eficaz y personalizada; grupos insuficientemente atendidos (adolescentes, las discapacitadas, las mayores de 65 años, las provenientes del ámbito rural y las inmigrantes); y reconocimiento de otras formas de maltrato contra las mujeres (explotación sexual, agresiones sexuales, mutilación genital y matrimonios forzados). Para Hernández Hernández⁵⁷⁶, las medidas para el tratamiento de la violencia de género deberían empezar por la familia, y por la implicación de los hombres en la paridad.

La ley integral: un estudio multidisciplinar, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 193 y ss.

⁵⁷⁴ Pérez del Campo Noriega, Ana María en “Medidas integrales contra la violencia de género (Ley orgánica 1/2004, 28-12)” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005, pág. 269.

⁵⁷⁵ Veloso Valenzuela, Paula en *La violencia doméstica contra la mujer y la débil reacción del derecho* en *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Argentina 2004, pág. 85 y ss., se refiere también al silencio del Derecho como muestra de otros aspectos de la cultura.

⁵⁷⁶ Hernández Hernández, Antonia en “La violencia de género; una mirada desde el Trabajo Social” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 121.

Ambas leyes prevén medidas que abarcan desde la creación de una ventanilla única, o la creación de la Red Nacional de Centros de Acogida, a beneficios en el ámbito laboral⁵⁷⁷ y funcionarial, prioridad de acceso a viviendas públicas y residencias de mayores, la asistencia jurídica gratuita⁵⁷⁸ y en lo que más nos interesa a los efectos que analizamos en el presente trabajo, acceso a ayudas económicas.

Hemos de comenzar manifestando que consideramos necesaria la creación de la mayor parte de las medidas, y ello por cuanto si seguimos manteniendo que el acceso a la Ley Penal es igual para hombres y para mujeres, y en general, para todo ciudadano con independencia de su sexo, ideología o condición sexual, las realidades sociales, laborales, familiares y económicas no son iguales para todas las personas, y por tanto, es necesario dotar de ayudas en todos esos ámbitos que permitan desde una posibilidad material y no solo formal a las víctimas de violencia doméstica romper con el ciclo de violencia. Si bien, desde nuestro punto de vista, sería deseable que las medidas se extendieran no solo al colectivo de mujeres víctimas de violencia de género (y mucho menos desde la concepción sesgada dada por la Ley 1/2004 incluso de la violencia de género contra las mujeres), sino a toda persona víctima de la violencia doméstica, con independencia de su sexo u orientación e identidad sexual, atendiendo únicamente a las necesidades reales de dicha persona para poder fin a la situación de violencia que se ejerce a su alrededor.

⁵⁷⁷ A efectos laborales, véase Díaz Aznarte, María Teresa en “La respuesta del ordenamiento jurídico-laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 155 y ss.

⁵⁷⁸ Sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, requisitos y tramitación, véase García Zafra, Inés en “La asistencia jurídica gratuita tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009, pág. 129 y ss.

En cuanto a la problemática, hay que mencionar el supuesto frecuente de parejas que acuerdan que la mujer denuncie al esposo para tener acceso a las ayudas económicas (éstas solo se otorgan a la mujer), de manera que una vez concedidas la mujer retira la denuncia y se acoge al derecho a no declarar contra el esposo, forzando la sentencia absolutoria por falta de pruebas. La dificultad de probar la falta de veracidad de los hechos denunciados impide actuar jurídicamente dentro del ámbito frente a este fraude de ley, situación que es aprovechada por estas parejas que en ocasiones llegan a acudir juntos de la mano a interponer la denuncia, y se marchan, con la orden de protección solicitada, juntos y abrazados, y hasta besándose. Dada además la descoordinación entre los Servicios Sociales de las diferentes Comunidades Autónomas y los Juzgados, rara vez existe conocimiento en los primeros de la retirada de la denuncia y/o el acogimiento a no declarar efectuado en los segundos, de manera que, y en todo caso, solo les llega una sentencia absolutoria por falta de prueba, que no implica la falta de veracidad de los hechos sino que éstos no han podido ser procesalmente probados de manera que pudieran enervar la presunción de inocencia.

De forma excepcional, por parte de algunos representantes del Ministerio Fiscal y de algunos juzgados, sí se solicita o se acuerda la deducción de testimonio de la declaración retirando la denuncia o del acta judicial de la vista donde la víctima se acoge al derecho a no declarar, a favor de los Servicios Sociales, para que en su caso los mismos actúen en consecuencia por si procediera la retirada y devolución de las ayudas que hubieran sido concedidas. Hay que tener en cuenta que las ayudas dependen de las Comunidades Autónomas, a las que han sido transferidas las competencias, y por tanto difieren de una comunidad a otra, si bien los requisitos

básicos para la concesión suelen ser tener acreditado ser víctima de violencia de género (por sentencia, concesión de orden de protección o informe del Ministerio Fiscal) y no convivir con el agresor⁵⁷⁹, con lo que la falta de acreditación de uno u otro requisito puede condicionar la devolución de la ayuda.

7-3 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La innecesariedad de unos Juzgados que no requieren especialización. Problemas que su existencia origina y especial referencia al incremento de la victimización secundaria

La creación de Juzgados con conocimiento exclusivo de los delitos de violencia de género, que ha sido vendido como un gran adelanto por el ejecutivo y los medios de comunicación, desde nuestro punto de vista no aporta ninguna ventaja, y si una larga lista de inconvenientes que procedemos a reseñar⁵⁸⁰.

La primera gran ventaja que se nos vende es la supuesta especialización del Juez, el Secretario Judicial, Gestores, Tramitadores y hasta del Ministerio Fiscal, para el

⁵⁷⁹ La Comunidad Autónoma de Canarias establece (sede.gobcam.es, disponible el 24 de Julio de 2013) los siguientes requisitos “La ayuda podrá solicitarse durante la vigencia de la orden de protección, del Informe del Ministerio Fiscal o, en su caso, durante la vigencia de las medidas para la protección de la mujer establecidas en la sentencia condenatoria, por quienes cumplan los requisitos siguientes: 1. Ser víctima de violencia de género. 2. Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. 3. Tener especiales dificultades para obtener un empleo. 4. No convivir con el agresor. 5. Tener la residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. 6. Las mujeres que carezcan de nacionalidad española, además de reunir los requisitos anteriores, deberán ser titulares de permiso de residencia y de permiso de trabajo en vigor”. En el mismo sentido se pronuncian las Comunidades Autónomas del País Vasco, Andalucía o de Madrid, por poner algunos ejemplos.

⁵⁸⁰ Aunque no es objeto de esta tesis y no se va a desarrollar, si es preciso mencionar que también sobre la existencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se han planteado por parte de la doctrina dudas de inconstitucionalidad. A estos efectos véase Cubillo López, Ignacio en “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006, pág. 123 y ss.

conocimiento de los procedimientos de violencia de género contra la mujer-pareja o expareja. Pero, ¿existe realmente dicha especialización? Taxativamente, no. Para acceder a cualquiera de esos cargos no se exige ninguna preparación extraordinaria o adicional de la que se exige para cualquier puesto similar. Las plazas se ofertan a concurso, y se accede a ellas por escalafón, con independencia de la concreta preparación o conocimientos del aspirante relativos a la violencia de género. De hecho, mientras que entre Tramitadores y Gestores o Secretarios Judiciales sea frecuente que los de mayor escalafón soliciten dichos puestos cuando son Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer, dado que los mismos no realizan guardias normales (que en pueblos son de siete días seguidos 24 horas al día, y un octavo día para la celebración de juicios rápidos y/o juicios de faltas) y además tenían complementos económicos, los integrantes de la carrera Fiscal no desean acceder a dichos bloques de trabajo, dado lo monótono de tratar siempre la misma materia, el elevado número de calificaciones e informes que conlleva, que arrastra consigo el matrimonial derivado de la violencia, y por tanto, el trabajo lo acaban desempañando los Fiscales de menor escalafón (en principio peor formados por su menor tiempo de actividad laboral y de asistencia a cursos formativos) e incluso Fiscales Sustitutos (generalmente de poco tiempo de permanencia en el mismo bloque de trabajo por su propia condición de sustitutos).

Los Jueces por su parte, tampoco suele querer acceder a dichos Juzgados, sobre todo cuando no son exclusivos sino que son mixtos, por los mismos motivos que el Ministerio Fiscal. Y además, hay que tener en cuenta que cuando se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no se asignó los mismos a los Jueces o juzgados que tuvieran más y mejores conocimientos sobre la materia, sino que se asignó al

Juzgado mixto de última creación existente en cada partido judicial. Por tanto, los Jueces y Fiscales que tienen a su cargo los procedimientos de violencia sobre la mujer, suelen ser los de menor escalafón que no pueden elegir otro bloque de trabajo u otro Juzgado mejor o más apetecible.

La siguiente pregunta es obvia, y se resume en ¿es necesaria la creación de Juzgados especializados de Violencia sobre la Mujer? Nueva y taxativamente, no se necesitan conocimientos extraordinarios ni especializados. El conocimiento atribuido a los Juzgados de Violencia sobre la mujer son delitos cuya acción se corresponde básicamente con los delitos de lesiones, amenazas y coacciones, el ABC de cualquier Juez de Instrucción, cuya una variante respecto de éstos estriba en el bien jurídico protegido por razón de la relación que une a los sujetos activo y pasivo y el ámbito donde se desarrollan; la familia. A la escasa complejidad penal y procesal de estos los delitos de violencia en el ámbito familiar, se une que para la determinación de la concurrencia de los elementos que pudieran ser más complejos –acreditación de maltrato o violencia psíquica, determinación del clima de terror inherente a la violencia habitual, informes de credibilidad, existencia de secuelas psíquicas, etc....– ya vienen determinados por terceras vías.

De esta manera, los conocimientos especializados de psicología o sociología que pudieran ser necesarios los aportan los peritos adscritos al Juzgado de la forma habitual –informe de credibilidad con relato pormenorizado de hechos, informe psicosocial de la familia, del perfil del agresor y de la víctima, existencia de lesiones psicológicas, secuelas psicológicas y tratamiento–, sin que sean necesarios conocimientos especializados para su comprensión, igual que el Análisis Toxicológico

de una sustancia lo aporta el Instituto Nacional de Farmacología en un delito de tráfico de drogas, sin que sea necesario que el Juez sepa realizar el análisis, sino simplemente que sepa interpretar los resultados del mismo; o en un supuesto de violación se acude a los mismos peritos psicólogos a efectos de que aporten el informe de veracidad y el relato pormenorizado de hechos (especialmente si afecta a menores, a efectos de que posteriormente no tengan que declarar en el acto de la Vista Oral), sin que se necesiten mayores conocimientos que saber leer e interpretar el contenido del informe.

Igualmente, tampoco se piden ni se exigen conocimientos especiales para ser Fiscal con bloque de trabajo asignado de Violencia de Género, que difieran de los conocimientos normales exigibles a cualquier Fiscal.

De hecho, es tan innecesaria la especialización de los Jueces y funcionarios, que los Juzgados de Instrucción no especializados no solo intervienen habitualmente en la tramitación del procedimiento, (ya que cuando no se puede remitir la causa al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en horas de audiencia – es decir, por las tardes y los fines de semana o festivos–, la causa se remite al Juzgado de Instrucción), sino que toman decisiones que pueden llegar a condicionar las resoluciones del Juzgado de Violencia, en aspectos tan fundamentales como es la motivación judicial de que no existe una situación objetiva de riesgo contra la víctima y la consiguiente denegación de la Orden de Protección.

Referido a esto último, hay que hablar de la problemática que se plantea respecto a la práctica de diligencias por parte de los Juzgados de Instrucción de Guardia convencionales –que como hemos mencionado antes, intervienen cuando los

Juzgados de Guardia no están en horas de Audiencia y que se corresponde con los fines de semana y las tardes- relativo a las víctimas, y que se traduce en un proceso de múltiple o agravada victimización secundaria de los perjudicados que tienen que acudir en repetidas ocasiones a contar el mismo suceso delante de extraños y el proceso traumático que han vivido. El proceso actual se traduce en que la víctima primero tiene que acudir a un Juzgado que no es competente para llevar la instrucción del procedimiento, el cual practica las primeras y generalmente más esenciales pruebas que se efectúan a lo largo de la instrucción, y adopta las medidas más gravosas y restrictivas de derechos, como son las medidas cautelares y las ordenes de protección, lo que conlleva horas de espera hasta que las partes declaren, se practican las pruebas (reconocimiento médico forense, otras periciales, testificales, exploración de menores), se celebra la comparecencia de medidas y/u orden, y se le notifica la resolución y se la cita para volver a acudir al Juzgado de Violencia.

Ya en el Juzgado de Violencia la víctima tiene que volver a esperar horas para la celebración del juicio rápido, dependiendo del supuesto se la vuelve o no a tomar declaración, se practica el resto de prueba pendiente que no se haya practicado anteriormente, se la tiene que volver a notificar la ratificación o no de las medidas acordadas en el Juzgado de Instrucción, y si no hay conformidad, la citación para acudir nuevamente ante el Juzgado de lo Penal, donde deberá asistir nuevamente a prestar declaración (todo ello si la acusación no solicita plazo para emitir escrito de calificación, ya que si lo hace, el proceso se alargaría otra sesión más). Ello se traduce nuevamente en más horas de espera y varios días perdidos, que podrían acortarse reduciendo la incidencia del proceso en la víctima, si las causas de violencia sobre la

mujer fueran instruidas directamente por el Juzgado de Guardia en el que hubiera recaído por estar de guardia o según normas de reparto.

Pero es que además este largo proceso tiene consecuencias a efectos probatorios y de actuación sobre la víctima. Como ya vimos, la víctima suele denunciar y por tanto es más útil en el proceso penal en los momentos de crisis, y cuanto más retrasemos el procedimiento, más posibilidades hay de que la víctima de marcha atrás, no declare y no haya pruebas suficientes de cargo para poder enervar la presunción de inocencia que acoge al acusado.

Es relativamente frecuente que la víctima que denuncia el viernes por la tarde en comisaría, que acude el sábado por la mañana al Juzgado de Guardia, que el lunes acude nuevamente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y dos semanas después al Juzgado de lo Penal –sin perjuicio de posibles nuevas vistas por qué no se pueda celebrar la primera por causas tan dispares como inasistencia de testigos o que los letrados tengan señalamientos en otros juzgados con carácter preferente–, a lo largo de todo este proceso decida echarse atrás en su declaración y no mantener los hechos de la denuncia, acogiéndose al derecho a no declarar, y además, a la vista de los perjuicios que le supone la tramitación de la denuncia, no denuncie nuevos actos de violencia que ocurran en el futuro no poniendo fin al ciclo de la violencia.

Y a ello hay que unir la también frecuente problemática de que la víctima o el imputado no acudan al Juzgado de Violencia sobre la Mujer o al Juzgado de lo Penal, y que por tanto no se pueda celebrar el juicio rápido, provocando que el mismo se transforme en diligencias previas, y se dilate aún más el procedimiento. Y como hemos

visto, a mayor demora en la tramitación del proceso, más posibilidades hay de que la víctima no declare, aparte de que supone también el mantenimiento de una situación objetiva de peligro hacia la misma resuelta de forma provisional con medidas restrictivas de derechos adoptadas frente a una persona a la que acoge el derecho a la presunción de inocencia, y que finalmente puede resultar absuelta. Como manifiesta Royo García⁵⁸¹, “se ha constatado un proceso de alienación de la víctima que experimenta la sensación de que **es inútil denunciar la agresión sufrida**, por lo que se aleja de un sistema que no le ofrece credibilidad alguna, dándole un trato burocrático y distante”.

Otro problema que también ha incidido provocando dilaciones en la tramitación de los procedimientos es la absorción competencial por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de los hechos conexos al acto de violencia cuya competencia tienen atribuido por ley. De este modo, la instrucción de unas vejaciones del hombre a la mujer arrastraría competencialmente la instrucción y encausamiento de unas lesiones cualificadas incluso con mutilación, o hasta incluso una tentativa de asesinato. Semejante absurdo trae en la práctica que los Juzgados eleven continuamente cuestiones de competencia a efectos de determinar la conexidad de los procedimientos, y si procede o no su encausamiento conjunto o separado. Cuestiones de competencia que también se han traslado a efectos de quien tiene que comenzar la instrucción de la causa en los supuestos en que el sujeto activo es hombre, el sujeto pasivo mujer, pero se desconoce la relación que existe entre ambos, y por tanto, si son o han sido pareja o matrimonio, y que ha sido resuelta a favor de que corresponde el

⁵⁸¹ Royo García, A. Barbara en “Victimología y violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 766.

conocimiento inicial de la causa al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siendo éste el que se inhiba a los ordinarios de Instrucción ni so se acredita la especial relación entre sujetos activo y pasivo que determina su competencia.

Otra cuestión existente es la existencia de Juzgados Mixtos – Juzgados que no son exclusivos de violencia, sino que desempeñan las funciones de Juzgado de Instrucción y de Violencia al mismo tiempo, así como generalmente también de Primera Instancia cuando no están separadas las jurisdicciones–, por cuanto lo habitual en estos es que rápidamente se colapsen e impidan el normal funcionamiento de las causas no de violencia contra la mujer, toda vez que la tramitación prioritaria tanto de los procedimiento de violencia contra la mujer como los de juicios rápidos por los que suele tramitarse las mismas, absorben casi la totalidad de recursos temporales y humanos de los Juzgados, e impiden que Juez, Secretario y restantes funcionarios puedan desarrollar el restante trabajo. De este modo, las causas no de violencia de género acaban en muchos casos prescribiendo por falta de tiempo para su tramitación, o sufriendo dilaciones que a veces se materializan en años, especialmente si son causas de una mayor complejidad a la habitual o que requieren una mayor práctica de prueba. La imposibilidad de dedicar mañanas enteras a la celebración de vistas y el generalizado uso compartido de salas de vistas que hacen que estas solo estén disponibles para el Juzgado un par de días a la semana, se materializa en que la celebración de vistas civiles ordinarias y de juicios de faltas no se pueda realizar con el volumen necesario en cada sesión al reservar horas para la tramitación de los juicios rápidos de violencia y las comparecencias de ordenes de protección, por lo que también se paralizan las causas en espera de huecos en la agenda para poder señalar fecha y hora para la vista. Como supuesto ilustrativo y especialmente dramático

podemos reseñar los Juzgados de Instrucción nº 7 de Alcalá de Henares (actual nº 3 tras la separación de jurisdicciones) y el Juzgado de Instrucción nº 5 de Torrejón de Ardoz (actual nº 3 también tras la separación de jurisdicciones), que antes de la creación de los Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer, sufrieron tal colapso que en el caso de Torrejón de Ardoz fue necesario la creación de un Juzgado bis en funcionamiento durante aproximadamente cuatro años para poder paliar la extrema situación a la que se llegó, y que tuvo incluso una amplia repercusión mediática⁵⁸².

La creación de Juzgados de Violencia sobre la Mujer supone en la práctica la pérdida de Juzgados de Instrucción, destinando recursos exclusivamente a unos juzgados concretos que no requieren especialización, y que de haber sido creados como Juzgados de Instrucción supondría un mayor equilibrio en la redistribución del trabajo en cada partido judicial. Y ello, ya que supondría que entrarían a desempeñar funciones de guardia, que cada juzgado asumiría su propio papel de violencia exactamente igual que con el resto de causas, y evitarían la duplicidad de actuaciones por cuanto ya hemos mencionado cómo parte del trabajo del Juzgado de Violencia lo desempeñan los Juzgados de Instrucción, por lo que finalmente no se descargan del trabajo que asumen éstos, y que luego los de violencia tienen que duplicar (es necesario ratificar, modificar o dejar sin efecto la orden acordada ante el Juzgado no competente, y en ocasiones volver a tomar declaraciones)⁵⁸³. Se aliviaría asimismo el

⁵⁸² El caso extremo de Torrejón de Ardoz saltó a los medios de comunicación tanto en prensa como en radio. Véase, por todos, el artículo de El País.com, de fecha miércoles 12 de Noviembre de 2008, disponible en stajcantabria.blogspot.com el día 24 de Julio de 2013.

⁵⁸³ Sobre las relaciones entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción, véase Magro Servet, Vicente en “La respuesta penal de la Ley orgánica 1/2004 a la violencia de género” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005, pág. 205 y ss.

proceso de doble victimización, al aligerar los trámites y evitar las duplicidades entre Juzgados y la tramitación de un mismo juicio rápido en diferentes sesiones.

La existencia de Juzgados de Violencia retrasa asimismo el normal funcionamiento de las guardias, al coincidir la tramitación de las Ordenes de Protección y los Juicios Rápidos del Juzgado de Violencia con los del Juzgado de Instrucción, con lo que acaparan tanto al Ministerio Fiscal como a los letrados, e incluso los agentes de policía o guardia civil destinados a la custodia de detenidos. Es frecuente que detenidos que están a disposición del Juzgado de Instrucción a las 10:00 horas y cuyos procedimientos requieran de la intervención del Ministerio Fiscal o de los letrados, no comiencen a tramitarse hasta la tarde, dada la imposibilidad de éstos de acudir o realizar incluso por otros medios (videoconferencia, fax...) las funciones que les correspondan. Ello obviamente supone un mayor número de horas de detención de los detenidos, y una mayor victimización en los perjudicados por dichos delitos no de violencia que están durante horas a la espera de que los letrados o el Ministerio Fiscal que estén de guardia puedan acudir a la sede judicial.

Planchadell Gargallo⁵⁸⁴, además de plantearse la duda de si era necesaria la especialización de los juzgados, y en todo caso, el modo en que se ha hecho, reflexiona también sobre la posible falta de imparcialidad de los mismos, de manera que “se puede poner también de manifiesto el sentimiento de ‘juzgado y condenado’ con que puede comparecer ‘el hombre’ ante estos Juzgados, poniendo en duda, a priori, la imparcialidad con que debe actuar todo órgano jurisdiccional, ya que se crean para

⁵⁸⁴ Planchadell Gargallo, Andrea en “La competencia del juez de Violencia sobre la Mujer” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005, pág. 317.

luchar contra determinadas situaciones sociales con la intención de tutelar a la mujer”, opinión que compartimos.

Por todo ello, abogamos directamente por la supresión de los Juzgados de Violencia sobre la mujer por no ser necesarios, ni por la complejidad de las causas ni por necesitar extraordinarios conocimientos por parte del personal del Juzgado, del propio Juez ni del Ministerio Fiscal. La existencia de los mismos fomenta la duplicidad de actuaciones en diversas sedes judiciales, incrementa la doble victimización de las víctimas, haciendo más gravoso su paso por los Juzgados después de haber sufrido un hecho que ya de por sí puede ser traumático, dilata las actuaciones y fomenta el atasco judicial, y fomenta que las víctimas acaben retirando las denuncias. La conveniencia de que se mantenga la unión en la tramitación entre la instrucción del delito penal y el proceso matrimonial se puede solventar haber solventado perfectamente adscribiendo el procedimiento civil al Juzgado que instruya el procedimiento penal, sin necesidad de creación de Juzgados exclusivos.

Considera sin embargo como beneficiosa la creación de los presentes Juzgados D’argemir Cendra⁵⁸⁵, que plantea como logros que se ha evitado la dispersión judicial concentrando en el mismo Juzgado los procedimientos penales que atañen a la misma víctima, y que se ha evitado la descoordinación entre las jurisdicciones civil y penal, y asimismo, facilitara la coordinación de los Jueces con Fiscales, Policía Judicial y otras administraciones, permite crear equipos psicosociales en torno a estos juzgados especializado, y consigue una formación más especializada de Jueces, Fiscales y

585 Comas D’Argemir Cendra, Monserrat en “La aplicación de la Ley orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006, pág. 43 y 44.

funcionarios. También aboga por la creación de Los Juzgados especializados González Cano⁵⁸⁶, quien expone como justificación a la misma el incremento cuantitativo de causas y que nos encontramos ante un problema multifactorial con diversas manifestaciones y conflictos tanto penales como civiles.

A estas consideraciones podemos objetar que no era necesaria la creación de Juzgados especializados para concentrar los procedimientos, sino que bastaría con unas simples normas de reparto. Tampoco son necesarios para coordinar la jurisdicción civil y penal, por cuanto igualmente basta con asignar la causa civil al juzgado que instruye la causa penal (de hecho, es frecuente que en los partidos judiciales ajenos a las grandes ciudades, los Juzgados sean Mixtos, es decir, que sean al mismo tiempo Juzgados de Instrucción y Juzgados de Primera Instancia). La coordinación entre Jueces, Fiscales y Policía Judicial no es exclusiva de los juzgados especializados, y por tanto, no son necesarios para establecer pautas y protocolos de actuación coordinados, teniendo en cuenta que ya de hecho las actuaciones con Fiscales y Policía Judicial se efectúan también por los otros juzgados no especializados que también conocen de las causas de violencia, como hemos visto. Por otro lado, los equipos psicosociales tampoco necesitan de Juzgados especializados, basta con que estén adscritos al un partido judicial concreto. El incremento cuantitativo tampoco justifica la creación de Juzgados especializados, o si no, no se explicaría entonces por qué razón no existen juzgados especializados en delitos contra la propiedad, mucho más numerosos que los cuantitativamente que los delitos de violencia contra la mujer. Finalmente, ya hemos mencionado con que ni es necesaria la especialización por los

⁵⁸⁶ González Cano, María Isabel en “La tutela judicial en la Ley Integral contra la Violencia de Género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 359.

motivos antes expuestos, ni se exige estar especializado para ser Juez, Fiscal o funcionario de violencia sobre la mujer. Por tanto, los supuestos beneficios anunciados por la autora no devienen de la especialización, sino únicamente de dotar o no de medios a la administración para que pueda realizar digna y eficazmente sus funciones.

7-4 La Mediación Penal. Concepto, requisitos y finalidad. La imposibilidad de aplicación en los delitos de violencia de género. Críticas y consecuencias.

Antes de entrar a hablar de la mediación, es necesaria traer a colación de forma concreta e individualizada a las dos partes separadas por el acto violento, y que ya analizamos en el Capítulo 3, comprender la naturaleza de cada una de ellas, y por tanto, establecer si existen o no posibilidades reales de mediación, tras dar unas pautas de en qué consiste ésta. Estas dos partes diferenciadas, que integran la denominada *pareja criminal* y que engloba al delincuente (en nuestro caso el agresor) y a la víctima, mantienen la relación más estrecha e intensa que pueda mantenerse entre ambos, cual es su pertenencia al mismo núcleo familiar en el que los dos se desenvuelven y desarrollan su vida, de manera que la víctima, desde un punto de vista criminológico (que no desde un punto de vista de culpabilidad penal), consiente, facilita, provoca o incluso coadyuva a la comisión del delito⁵⁸⁷. Dada esta intensísima relación existente entre las partes, relación que no siempre termina con el proceso penal puesto que las relaciones filiales no desaparecen y se siguen manteniendo en gran parte de las ocasiones los lazos familiares entre cónyuges si no directamente sí a

⁵⁸⁷ Sobre las diferentes tipologías de víctimas, véase García-Pablos de Molina, Antonio en “Tratado de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 121 y ss. Y del mismo autor, “Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos”, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 109 y ss.

través de terceras personas (hijos), no basta con la imposición de una pena, sino que debería ser objetivo prioritario de las administraciones, incluida la penal, la intervención a todos los niveles dentro de un marco de intervención de éstas y de todas las partes afectadas (agresor, víctimas directas, víctimas indirectas y demás miembros familiares, Servicios Sociales, Juzgado, Ministerio Fiscal) para evitar las causas que provocan la comisión de los actos violentos. El modo idóneo de actuación puede y en consideración nuestra, debe ser la mediación penal.

En palabras de Magro Servet, Hernández Ramos y Pablo Cuellar⁵⁸⁸, la mediación “es un procedimiento no adversarial de resolución de controversias mediante el cual las partes en conflicto son realmente los protagonistas principales de la construcción del iter que conduce a la pacificación de la disputa origen del problema, ya que no delegan la resolución del mismo en una tercera persona para que decida por ellas, sino que el poder de decisión lo retienen las mismas personas afectadas: *son ellas mismas las que procuran y, en su caso, consiguen la resolución que pone fin a la disputa, por lo que al asumir el control de la propia situación, se hacen responsables de la decisión y de cómo desarrollar en el día a día el Acuerdo alcanzado, lo que además y por extensión de sus efectos, les puede conducir también hacia la recuperación de su propia autoestima.*”

⁵⁸⁸ Magro Servet, Vicente; Hernández Ramos, Carmelo; y Cuéllar, J. Pablo en “Mediación Penal, una visión práctica desde dentro hacia fuera”, Editorial Club Universitario, Alicante 2012, pág. 10 y ss.

La mediación penal entra dentro del ámbito de aplicación de la llamada Justicia Restaurativa. En palabras de Ríos Martín⁵⁸⁹ “entendemos por Justicia Restaurativa, en sentido amplio, la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito. Dependiendo del marco legal y de las peculiaridades sociales y culturales, adoptará unas u otras modulaciones”.

Ríos y Olavaría⁵⁹⁰ exponen las características básicas de la Mediación, y que se corresponden con las características acogidas por la Comunidad Europea⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Ríos Martín, Julián Carlos en V.V.A.A. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal: análisis de una experiencia (2005-2008)”, disponible en www.poderjudicial.es el 24 de julio de 2013, pág. 14.

⁵⁹⁰ Ríos, Julián y Olavaría, Teresa en “Conclusiones del Curso en Materia de Mediación Penal”, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, Octubre de 2007, pág. 160 a 163. En el mismo sentido, Magro Servet, Vicente; Hernández Ramos, Carmelo; y Cuéllar, J. Pablo en “Mediación Penal, una visión práctica desde dentro hacia fuera”, Editorial Club Universitario, Alicante 2012, pág. 10 y ss. Estos autores enumeran como características de la mediación su flexibilidad (al no someterse a un procedimiento rígido), en ser voluntario, confidencial (por cuanto el mediador está amparado por el secreto profesional), búsqueda de un resultado equitativo que satisfaga a ambas partes, para acabar manifestando que “la mediación puede suponer no solo la consecución del acuerdo, sino también la *reducción de la rivalidad* entre las partes y la *mejoría de la calidad en las relaciones interpersonales* de las personas mediadas”.

⁵⁹¹ Recomendación nº R (99) 19 sobre la Mediación en Materia Penal

1-Voluntariedad de las partes. Solo cabe la mediación cuando la participación tanto de víctima como de agresor es voluntaria, con pleno conocimiento de todos los aspectos de la mediación, por haber sido previamente informados respecto de la misma y sus consecuencias.

2-Gratuidad. Ello motivado por el carácter público que tiene el Derecho Penal⁵⁹².

3-Confidencialidad. Si la mediación fracasa por desistimiento de una parte o por imposibilidad de llegar a un acuerdo, las partes en el proceso no podrán hacer uso de todo lo que obra en el expediente ni el Fiscal ni el Juez tendrán conocimiento de ningún extremo salvo el Acta de Acuerdos si se hubiera acordado. Al mediador lo acoge asimismo el secreto profesional.

4-Oficialidad. Es el juez el que deriva, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los casos al Servicio de Mediación penal. Los abogados de las partes estarán informados en todo momento.

5-Flexibilidad. Esta se materializa, dentro de unos límites, en los plazos para llegar a la mediación así como a los criterios o términos de reparación, los cuales además serán vigilados por los órganos judiciales durante su ejecución.

⁵⁹² La asunción de los gastos de la mediación por parte de la Administración de Justicia no hay que verlos desde el punto de vista de un coste añadido, sino de un ahorro por cuanto la mediación conlleva que el agresor reconozca su culpabilidad penal, lo que supone un considerable ahorro económico y de tiempo y recursos para esa misma Administración de Justicia frente a un largo y costoso procedimiento que involucra a varios Juzgados y Tribunales.

6-Bilateralidad. Es necesario tener en cuenta a ambas partes en la resolución del conflicto, siendo el mediador el único que puede poner límites en aras de establecer el correcto equilibrio entre las partes y la buena marcha de las sesiones. Se plantea incluso la posibilidad de que las sesiones sean individuales, sin que tengan que verse las partes, o también la intervención de terceras personas relacionadas con éstas.

Establecido someramente en qué consiste la mediación penal y las características de la misma, habría que ver si la misma sería o no eficaz a la hora de su posible aplicación en cuanto a los delitos de violencia doméstica y de género. En este sentido, abogan expresamente por introducir la mediación en el ámbito de la violencia de género y doméstica Fernández Nieto y Solé Ramón⁵⁹³, no como un modo alternativo de justicia al margen del proceso como mediación privada, sino de forma complementaria e integrada en el ordenamiento jurídico. También la Fundación Pública Andaluza⁵⁹⁴ manifiesta que la mediación penal **“se recomienda especialmente**.

1. En **relaciones enconadas entre partes**, en su caso con múltiples denuncias repetidas o cruzadas.
2. En faltas y delitos contra la propiedad (robos, hurtos, daños).
3. En delitos y faltas de **lesiones, maltrato, amenazas**.
4. En **injurias y calumnias**.
5. En delitos contra la seguridad vial con víctimas.
6. En delitos de **violencia familiar**.

⁵⁹³ Fernández Nieto, Josefa y Solé Ramón, Anna María en “El impacto de la mediación en los casos de violencia de género”, Lex Nova S.A.U., Barcelona 2010, pág. 81 y ss.

⁵⁹⁴ Fundación Pública Andaluza, “Centro para la Mediación y Arbitraje de Andalucía” de la Consejería de Justicia e Interior, en su página disponible el 24 de julio de 2013, www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal.

7. En delitos contra los **derechos y deberes familiares.**

De las siete recomendaciones que se establecen por la propia administración cinco de ellas tienen relación de forma directa o indirecta con la violencia doméstica o de género (todas salvo la 2 y la 5). Sin embargo, es curioso que el ámbito donde mayor relevancia debería tener la mediación penal dadas las especiales relaciones entre el sujeto activo y la/s víctima/s y la posibilidad real y elevada de que las mismas sigan teniendo relación, tal y como reconoce la propia administración, es precisamente donde queda excluido en virtud del art. 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁹⁵ y el artículo 44-5⁵⁹⁶ de la Ley 1/2004, que niegan la posibilidad de aplicar la mediación⁵⁹⁷ respecto de los delitos que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁵⁹⁸. Por ello la mediación penal sólo podrá aplicarse en los

⁵⁹⁵ “Artículo 87 ter (...) 5. En todos estos casos está vedada la mediación.”

⁵⁹⁶ Art. 44-5 Ley 1/2004; “En todos estos casos está vedada la mediación”.

⁵⁹⁷ Como manifiesta Lorenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la política criminal española, entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres” en V.V.A.A. *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, Dirs. Francisco Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli y Miguel Ángel Núñez Paz, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 620 y 621, “en el caso de España, parece claro que en el primer aspecto se ha impuesto un planteamiento victimista que ha llevado a construir todo el sistema de contención de la violencia de género sobre el presupuesto de que las mujeres que sufren o han sufrido algún tipo de maltrato –por muy leve que sea- son personas altamente vulnerables, necesitadas de la tutela permanente de las instituciones públicas para orientar sus vidas y tomar las decisiones correctas. Y en la atinente al segundo punto, no cabe duda de que ha triunfado la confianza absoluta en el derecho penal, muy acorde con el populismo punitivo que todo lo impregna en nuestros días. De la conjunción de estos dos factores ha resultado un sistema de prevención y control de la violencia de género íntegramente canalizado a través del sistema penal, con un fuerte predominio de las medidas de naturaleza punitiva y la exigencia de la denuncia penal como presupuesto imprescindible para el acceso a las ayudas públicas y demás medidas de prevención de riesgos”.

⁵⁹⁸ Exclusión que fue avalada y considerada conforme a la normativa europea por el fallo de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia Europeo, de 15 de Septiembre de 2012, Decisión marco 2001/220/JAI, que literalmente manifiesta “El artículo 10, apartado 1, de la

delitos de violencia en el ámbito familiar que no sean violencia de género según los parámetros de la Ley 1/2004⁵⁹⁹. Nos encontramos nuevamente con un estado paternalista que decide, desde una presunción iuris et de iure que no es eficaz o conveniente la mediación penal precisamente en el ámbito donde propaga la propia administración que sería más efectiva.

Curiosamente y sin embargo, la página web del Consejo General del Poder Judicial⁶⁰⁰, dentro del ámbito de Normativa y Jurisprudencia recoge un modelo de sentencia de mediación en el ámbito de la violencia doméstica entre un sujeto activo hombre y dos víctimas mujeres no pareja sentimental (madre y hermana), que propone como fórmula de reparación hacia las víctimas el reingreso a un Centro de Deshabitación por un delito de maltrato habitual y cuatro delitos de amenazas. Este sinsentido de normas y criterios contradictorios, que ya hemos mencionado que la propia administración justifica por la situación de desigualdad que tiene la víctima frente al agresor en los delitos de violencia de género, no puede mantenerse por varias razones.

Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones”.

⁵⁹⁹ Entiende Guardiola Lago, María Jesús en “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, Revista General de Derecho penal nº 12, Noviembre 2009, que la mediación cabe también en los delitos de violencia de género cuando ha terminado la fase de instrucción y deja de ser competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para ser competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial. Consideramos que tal afirmación es errónea, por cuanto la ley no prohíbe la mediación por cuanto los hechos e instruyan ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino por cuanto los hechos son competencia de los mismos, es decir, lo importante para determinar si cabe la mediación es ver si los mismos son o no competencia de dichos Juzgados, sin perjuicio de que ya se hayan remitido al mismo o estos hayan finalizado su instrucción.

⁶⁰⁰ www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion, disponible el 24 de Julio de 2013.

Primero, ya hemos mencionado el erróneo concepto que mantiene la legislación de lo que es la violencia de género, y como la mayor parte de los supuestos considerados no son auténtica violencia de género sino generalmente hechos sin apenas transcendencia (coacciones leves, amenazas leves, maltrato), que no presuponen que el agresor ocasional sea un maltratador ni que los actos realizados lo sean por razón de género⁶⁰¹.

Segundo, no toda auténtica violencia de género presupone una situación de mayor debilidad de la víctima hacia el agresor, ya que la violencia de género parte de un elemento subjetivo del tipo que es abarcado por el sujeto activo, y no es un elemento objetivo que concurre en la víctima. Es decir, que el agresor sienta menosprecio o se sienta superior a la víctima por cuanto la pertenencia de ésta a un sexo o género determinado, no implica que objetivamente exista esa situación de superioridad, debiendo determinarse su concurrencia supuesto a supuesto.

Tercero, aún concurriendo una situación de mayor vulnerabilidad de la víctima, la mediación penal se realiza ante un mediador, que precisamente está para

⁶⁰¹ Hernández Ramos, Carmelo en “Implantación en las audiencias provinciales de las oficinas de medidas alternativas a la prisión” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pág. 133, establece como equiparar el tratamiento para delitos graves y para infracciones menos graves y leves, “equivale a desconocer las tremendas diferencias que intervienen en cada caso, homologando de una manera arbitraria y poco científica las condiciones que intervienen en un ‘medio cerrado’ (reclusión en una cárcel, con privación de libertad, como consecuencia de haber cometido una infracción grave o muy grave) con las que imperan en un ‘medio abierto’, en el que el condenado, como consecuencia de haber cometido, por primera vez, una infracción leve o menos grave, disfruta de una libertad equivalente a la que nos corresponde al resto de los ciudadanos, pero que no es exactamente igual, pues queda sujeto al cumplimiento de cuantas condiciones y obligaciones le hayan sido impuestas por el Juez, precisamente porque ‘su libertad tiene un precio que debe retribuir de algún modo y mantener cada día evitando delinquir de nuevo’”

evitar situaciones de desigualdad entre las partes⁶⁰², siendo necesario recordar que la mediación no tiene porqué suponer la coincidencia de la víctima y el agresor, sino que las sesiones de mediación pueden realizarse de forma individual.

Consideramos que negar la posibilidad de mediación es negar la realidad⁶⁰³, o mejor dicho, anunciar el desconocimiento de la realidad en que en gran parte de las ocasiones sujeto activo y pasivo reanudan o ni siquiera llegan nunca a interrumpir la convivencia, pero sin el apoyo institucional y del Derecho para que ese mantenimiento de la estructura familiar se realice de un modo que permita tratar las causas que producen los actos delictivos, y eliminar la misma poniendo freno al ciclo de la violencia de una forma real y efectiva, o posibilitando que el hecho violento ocasional siga siendo único y ocasional, porque se hayan facilitado otros medios de resolución de conflictos.

Negar la mediación es negar la realidad de que todas las personas integrantes del núcleo familiar se ven afectadas por el proceso penal y las resoluciones judiciales en los aspectos más íntimos, privados y esenciales de sus vidas, y que por tanto tienen

⁶⁰² En el mismo sentido Bonilla Correa, Jesús Ángel en “la reparación del daño en los delitos de violencia de género: aspectos procesales y sustantivos. Los daños morales” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 466.

⁶⁰³ Como manifiesta Martínez García, Elena en “Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 429, **“realidad’ y `consecuencias legales fijadas por la norma penal’ van por caminos diferentes y, si bien para otra tipología delictiva poco o nada importa tal disfunción, en el caso de la violencia sexista se traduce en un conflicto perpetuado o no resuelto por la pena**, por la razón de que el agresor sigue queriendo delinquir contra su víctima (y solo contra ella) y, en ocasiones, con una indudable y no superada vinculación emocional de esa víctima respecto del agresor. Mirar a un lado negando tales premisas nos lleva a seguir maquillando el problema, en sus orígenes y consecuencias”, si bien no asumimos que el agresor quiera siempre seguir agrediendo a la víctima ni que solo quiera agredirla a ella.

Derecho a ser escuchadas y a no ser prejuzgadas por el legislador de forma masiva como individuos incapaces de defenderse, débiles, en situación de inferioridad y que no pueden ni deben opinar ni se les debe tener en cuenta a con quien deben vivir, a quien deben amar, en compañía de quién deben educar a sus hijos o con quien pueden mantener relaciones sexuales, aspectos todos ellos afectados por la legislación actual.

Negar la mediación supone asumir por parte del Estado el control absoluto sobre los aspectos esenciales de nuestras vidas una vez que el proceso se judicializa, “cosificando” a la víctima como una pieza más que hace funcionar el engranaje, haciéndola asumir un rol que no siempre se ajusta a su realidad personal, familiar y social, y negándole la posibilidad de manifestarse en sus intereses más allá de narrar el relato de hechos, a preguntas de las partes cuando sean admitidas por el Juez.

Desde nuestro punto de vista, la mediación penal, debería ser una pieza fundamental en la tramitación de los delitos de violencia doméstica y de género. Como manifiesta Winik⁶⁰⁴, “los juzgados tradicionalmente han funcionado como árbitros neutrales (...). Últimamente, los juzgados se han encontrado con un cierto número de problemas. Muchos son de naturaleza social y psicológica. Y así, los juzgados se enfrentan a la necesidad no sólo de resolver aspectos del hecho en disputa, sino también intentar resolver una serie de problemas humanos que son la causa de que estos casos lleguen a los juzgados. Los juzgados tradicionales han limitado su atención a la pequeña disputa en controversia. Sin embargo, estos nuevos juzgados intentan comprender y enfrentar el problema subyacente que es responsable de la disputa

⁶⁰⁴ Winik, Bruce J. en “Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas” en *Estudios de Criminología III*, Coords. Cristina Rechea Alberola, Raquel Bartolomé Gutiérrez y María José Benítez Jiménez, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca 2009, pág. 27 y 28.

inmediata, y ayudar a los sujetos en el juzgado para que traten el problema eficazmente, de forma que se eviten los recursos”.

Para ello, es necesario diferenciar entre los diferentes tipos de agresores (maltratadores de género y no de género, y maltratadores ocasionales y habituales), pero de manera que todos ellos tengan acceso a la mediación cuando se cumplan los requisitos para la misma, y negándose únicamente cuando una de las partes no la desea, o cuando ya intentada, la misma no haya sido posible⁶⁰⁵. La primera de las razones para tener en cuenta la mediación penal⁶⁰⁶, es por cuanto que ya hemos visto como el sujeto activo no es motivable por la norma penal y la amenaza de una pena, y solo la suspensión con asistencia a cursos (sin análisis de resultados) incide en la figura del agresor en aras a la resocialización o rehabilitación del mismo. La aquiescencia del agresor de someterse a la mediación supone su voluntad de afrontar las causas que le han llevado a cometer el acto violento, y una mayor predisposición a solventarlas. La relación con la otra parte en el marco de la mediación le puede llevar a una mejor comprensión de cómo se siente la víctima, a empatizar con la misma, y por tanto, que sea más difícil que cometa actos parecidos en el futuro poniendo medios para evitarlo.

⁶⁰⁵ A favor de la aplicación universal de la mediación, Alonso Salgado, Cristina y Torrado Tarrío, Cristina en “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 589.

⁶⁰⁶ Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 126, ya establece refiriéndose la violencia en el ámbito familiar que “es éste uno de los sectores de la criminalidad en los que cabe lamentar el escaso desarrollo que en España, en comparación con otros países, tiene la cultura de la mediación y de las formas de justicia reparadora. Esta situación no ha hecho, lamentablemente, más que agravarse con la LE 1/2004, según posteriormente se va comentar.”

La segunda razón es porque ya hemos visto que muchas veces la víctima no quiere alejamiento y ni siquiera la condena respecto del agresor. Una parte importante de las víctimas acuden a los Juzgados o a los Servicios Sociales para tratar de salvar su matrimonio o relación⁶⁰⁷, lo cual no solo es ignorado por la administración una vez judicializado el problema, sino que es impedido por la legislación actual que impone de forma obligatoria las penas de prohibición de aproximación. La mediación, una vez modificada la legislación penal en cuanto a que la imposición de la pena de alejamiento se considere como accesoria, que sea sólo una posibilidad judicial en función las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, permitiría que las parejas que deseen mantener o reiniciar su relación no tengan que realizarlo de forma ilícita y de espaldas a la administración judicial y social.

La tercera razón es que tanto el acto violento como el proceso judicial afecta no solo a los sujetos activo y pasivo del delito, sino a todos los integrantes del núcleo familiar, los cuales sufren en sus derechos fundamentales las consecuencias de las medidas penales y civiles adoptadas, pero que no son escuchados en ningún momento del proceso sobre sus intereses o necesidades. La mediación permite que intervengan terceras personas, de manera que no solo pueden ser escuchadas sino cuyas necesidades pueden ser atendidas dentro de un marco de diálogo y de mutuo respeto entre los miembros de la familia.

⁶⁰⁷ O incluso en demanda de una labor educacional que no le corresponde al sistema judicial, en un intento por que éste “regañe” a la pareja.

La cuarta razón es que la mediación penal no supone en modo alguno la sustitución del proceso penal, sino que entra a formar parte del mismo⁶⁰⁸, facilitando que el agresor se conciencie de su culpabilidad por los actos cometidos y se responsabilice de las consecuencias derivadas de éstos, pudiendo acortarse el proceso con ventajas tanto para la administración, que ve disminuidos sus costes y esfuerzos, como para las víctimas y demás afectados. En cuanto a las víctimas, hay que mencionar las ventajas que ofrece la mediación penal.

La primera ventaja es que la mediación minimiza la victimización secundaria, y ayuda a la reparación de la victimización primaria. La víctima, que hasta ahora en los procesos penales ha sido “cosificada” por la administración pública e instrumentalizada para obtener una sentencia condenatoria contra el imputado, pasa a ser tenida en cuenta en proceso y ya no es un mero testigo que lo único que importa es que declare. La reparación del daño que le ha sido causado pasa a ser importante, y también la solventación de los problemas que pueden suponer la subsiguiente causación de daños futuros. Y esa reparación no se efectúa desde la óptica de un “Estado Ilustrado”, en que las administraciones deciden paternalistamente lo que es mejor para la víctima sin tener en cuenta cual es la voluntad de ésta, sino que la

⁶⁰⁸ Quintero Olivares, Gonzalo en “Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro”, en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 521, ya manifiesta que “las figuras de la mediación y conciliación se tendrán que *acomodar a un espacio penal* y a su vez el derecho penal tendrá que abrir sus conceptos y sus ideas para acoger entre sus funciones y objetivos lograr resolver los problemas sin que necesariamente haya que imponer la pena, gracias a que se haya podido alcanzar una solución satisfactoria a través de la mediación, la conciliación o la reparación (...)cualquiera que sea la solución ha de estar dentro del sistema penal, pues los delitos son problemas demasiado graves – otra cosas diferente en la que no voy a entrar es que haya conductas que *no debieran ser delictivas*- como para fiarlos a la composición privada”.

víctima se implica en el proceso, forma parte de él de una forma activa, y no solo como una mera acusación particular que solo puede solicitar una pena.

Mediante la mediación se trata de reparar el tejido familiar que ha sido dañado tanto por la causación del acto violento, como por la judicialización del mismo, incidiendo en las causas origen del conflicto. No hay que olvidar que la familia no deja de existir por la imposición de una pena, los hijos siguen siendo hijos y teniendo las mismas necesidades para con sus progenitores, y restaurar la unidad familiar significa otorgar un mejor entorno de educación y desarrollo respecto de éstos.

Permite que cuando haya voluntad mutua de reiniciar o mantener la convivencia familiar, las partes no tengan que hacerlo de espaldas al proceso judicial, aumentando la situación objetiva de riesgo hacia la víctima que no puede acudir ni al Juez ni a los Servicios Sociales por cuanto coadyuva en un delito de quebrantamiento de condena, ni recibe por tanto ayuda de éstos para normalizar su realidad familiar en un adecuado marco de igualdad, respeto y tolerancia, y no pudiendo incidir de manera adecuada en las causas que originan el conflicto intrafamiliar (de hecho, agravando las mismas al pasarlas a la clandestinidad), por lo que se fomenta la repetición de los actos. Por el contrario, la mediación implicaría no solo el adecuado tratamiento de las causas origen de conflicto, sino que el tratamiento de las mismas se enmarque dentro el proceso judicial, con un correcto seguimiento por parte de la administración del cumplimiento y logro de los objetivos marcados. Según estudios empíricos llevados a cabo en el Reino Unido mediante el programa CHANGE y Lothian Domestic Violence Probation Project, a los tres meses el tanto por ciento de hombres condenados por delitos de violencia de género que habían realizado tratamiento

específico de éste tipo de violencia un 30% volvía repetir actos de violencia con su pareja, tanto por ciento que ascendía al 32% en el transcurso de un año. El tanto por ciento de hombres que habían sido sometidos a otras medidas judiciales que volvían a agredir a sus parejas era de un 62%, que ascendía al 72% al cabo del año. Como puede observarse. Mientras que dos de cada tres personas sometidas a los cursos acabó dejando de agredir a sus parejas, casi tres de cada cuatro que no se sometieron a dichos programas acabó reiterando la violencia sobre sus parejas⁶⁰⁹.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la mediación penal en el ámbito familiar puede tener lugar no solo durante el proceso penal antes de recaer la sentencia, sino que también tiene un amplio abanico de posibilidades dentro del campo de ejecución de la pena⁶¹⁰, tanto dentro de las formas sustitutivas de cumplimiento de las penas privativas de libertad (la suspensión y sustitución de la pena) como dentro del cumplimiento de otras penas (trabajos en beneficio de la comunidad), como modo incentivo para conseguir tanto la resocialización del penado, como el proceso de desvictimización de las víctimas, y la posibilidad de reestructuración del núcleo familiar cuando hay voluntad de mantener la convivencia y la familia. Que haya recaído una sentencia condenatoria no significa que el sujeto activo se considere culpable ni haya asumido internamente tanto su culpabilidad como su responsabilidad para con las víctimas. La mediación puede cumplir, con posterioridad a la sentencia condenatoria (o incluso absolutoria), con tales objetivos,

⁶⁰⁹ Boira Sarto, Santiago en “Hombres maltratadores. Historias de violencia masculina”, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, pág. 162.

⁶¹⁰ Sobre cuestiones generales de la mediación reparadora en el ámbito de la ejecución de la pena, véase Varona Martínez, Gema en “La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica” en *Estudios de derecho penal*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 1998, pág. 304 y ss.

como forma de dar inicio al tratamiento tanto de resocialización del penado como de reparación del mal causado, así como de incidencia en las causas origen del conflicto.

La mediación permite que los cursos formativos que se imparten como condición para la suspensión de la pena por un lado se interioricen más fácilmente por el penado por su mayor implicación⁶¹¹, y por otro lado se personalicen y se apliquen en el ámbito familiar del que en una gran parte de los casos va a seguir siendo parte el penado, se reinicie o no la convivencia. Permitiría también que los trabajos en beneficio de la comunidad puedan estar orientados más fácilmente a la reparación de los daños causados tanto a la víctima como a terceras personas. Y permitiría, sobre todo, que cuando se requiera procesos de deshabituación de alcohol u otras sustancias tóxicas, todo el ámbito familiar incluida la víctima, se implique en el proceso, junto con una mayor motivación por parte del penado.

La Mediación ya está operando en el campo de la violencia doméstica y de género con éxito en algunos países como E.E.U.U., donde “actualmente existen dos modelos que, operando dentro del sistema de justicia estadounidense, representan una alternativa al proceso penal en el tratamiento del problema de la violencia doméstica y que, para el caso de la víctima y su protección, son fundamentales. Uno es la mediación judicial y el otro es la orden judicial para que el agresor se abstenga de

⁶¹¹ Como dice Gómez Villora, José María en “Protocolo sobre violencia de género y mediación” en V.V.A.A. *Protocolos sobre Violencia de Género*, Coord. José María Gómez Villora, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 88, “desde el punto de vista del victimario, le permite ponerse en el papel de la víctima y entender el sufrimiento que ha causado su acción, ajustándose la respuesta penal a su esfuerzo por reparar el daño”.

continuar con la agresión y se someta a un tratamiento”⁶¹², países con mayor tradición en la lucha contra la violencia de género y doméstica.

Abogamos por tanto para que se produzca un cambio legislativo que no solo permita, sino que fomente la mediación penal dentro de los delitos de violencia doméstica y de género, como medio eficaz y complementario para luchas contra éstos tipos de violencia, fomentando el tratamiento con los agresores, la involucración de todos los miembros de la familia en la resolución de los conflictos intrafamiliares, la asunción de culpabilidad y de responsabilidad de los actos cometidos, e involucración de las administraciones y las partes enfrentadas en el proceso en la consecución del fin común de restablecimiento de la paz y armonía familiar para que la totalidad de los individuos que componen la misma puedan desarrollarse individual y plenamente dentro de la misma dentro de un marco de convivencia y respeto común desde una posición de igualdad.

⁶¹² Carazo Johanning, Ana Teresa en “Aspectos generales sobre el tratamiento jurídico y social de la víctima de violencia doméstica inmigrante en los E.E.U.U.”, Eguzkilore nº 21, San Sebastián, Diciembre 2007, pág. 241

8- Excurso: problemas de la relación conyugal en las declaraciones judiciales durante la instrucción y en el acto de la vista oral. Los vaivenes judiciales y los problemas de inseguridad jurídica

Los múltiples y diferenciados pronunciamientos judiciales en cuanto a cuando concurre el derecho de la víctima o testigos a no declarar contra el imputado o acusado, conlleva grandes problemas de inseguridad jurídica en la práctica judicial diaria, con graves problemas de interpretación y que según el criterio utilizado, deviene en graves consecuencias tanto para el sujeto pasivo (puede suponer la diferencia entre una sentencia condenatoria y otra absolutoria) como para los integrantes del núcleo familiar. En principio, la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone en su art. 416 que *“Están dispensados de la obligación de declarar:*

*1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261*⁶¹³.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

⁶¹³ Art. 261-3 Ley de Enjuiciamiento criminal “Tampoco estarán obligados a denunciar: 1.º El cónyuge del delincuente. 2.º Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive. 3.º Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos”.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.”

Los problemas devienen a la hora de fijar concretamente el término “*cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*”, en su necesaria relación con los artículos de violencia doméstica y de género que hemos analizado. Las diferentes posturas que hemos encontrado a nivel son las siguientes:

–para la Fiscalía⁶¹⁴, no caben incluir dentro de la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las relaciones de noviazgo, los matrimonios extinguidos por divorcio ni las parejas de hecho cuando ya se haya roto la convivencia.

⁶¹⁴ Para la Circular 6/2011 de la Fiscalía General de Estado; “**Las relaciones de noviazgo no están incluidas** en los supuestos del artículo 416 de la LECr. Tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia. **DÉCIMOTERCERA.-** Para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECr, **el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima -testigo ha de concurrir en el momento en que es llamada a prestar declaración. DÉCIMOCUARTA.-** La víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (art. 416 y 707 de la LECr). No obstante, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del art. 261 de la LECr. En los supuestos en los que la víctima-testigo no haya sido informada, cuando proceda, de la dispensa del art. 416 de la LECr en la fase de instrucción, y **en el plenario se acoja a tal dispensa**, aquella primera declaración carece de efectos, no siendo posible introducirla en el acto del Juicio Oral a través del art. 730 ni 714 de la LECr. En el supuesto de que informada adecuadamente de la dispensa en la fase de instrucción declare voluntariamente y, posteriormente, **en la fase del plenario rectifique aquella primera declaración que fue prestada con todas las garantías, podrán someterse a contradicción ambas de conformidad con el art. 714 de la LECr** a fin de que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas”.

–Para el Tribunal Constitucional⁶¹⁵, quedan incluidos dentro de la dispensa las relaciones de noviazgo aún sin convivencia.

–Para parte de la jurisprudencia, el fundamento de la dispensa a no declarar se encuentra en el vínculo de solidaridad y familiaridad que une a la víctima o testigo con el procesado, con lo cual la dispensa procede en cuanto permanezca el vínculo⁶¹⁶.

–Para otra parte de la jurisprudencia⁶¹⁷, el fundamento de la dispensa en no declarar se centra en la intimidad familiar, y por tanto la dispensa se mantiene

⁶¹⁵ El Auto núm. 187/2006 de 6 junio del Pleno del Tribunal Constitucional, hace suya la reflexión del Fiscal General del Estado por cuanto “la doctrina sentada en estas resoluciones **«no hace descansar la legitimidad constitucional de la igualdad o la desigualdad de trato normativo entre el matrimonio y la convivencia more uxorio en la convivencia, sino en la existencia o no de libertad de elección para elegir el tipo de relación.** Por otra parte, la equiparación operada en algunos tipos específicos de la parte especial del Código Penal, entre ambos tipos de relaciones afectivas, entre ellos los referidos a los que la Sala promovente, identifica como "art. 153 CP y todo el corolario de normas relacionadas con la violencia de género", se ha efectuado **prescindiendo para ambos tipos de relaciones del requisito de convivencia**, esto es de modo radicalmente opuesto al señalado por los promoventes (vgr. arts. 148, 153, 171, 172, 173, 620 CP)”

⁶¹⁶ Sentencia núm. 160/2010 de 5 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim. ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente policial contra parientes del art. 261, ha de hacerse la advertencia referida”.

⁶¹⁷ Sentencia núm. 459/2010 de 14 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución. (...)por lo que

siempre que la declaración comprometa dicha intimidad. De esta manera, cabe aplicar la dispensa aún cuando ya no exista ningún vínculo en el momento de prestar declaración.

–Para parte de la jurisprudencia, no se compromete la intimidad familiar, cuando no eran pareja en el momento de los hechos, y obviamente no lo son en el momento de prestar declaración⁶¹⁸, y por tanto, no puede aplicarse la dispensa y se establece la obligación de declarar.

respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero **la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.**”

⁶¹⁸ Sentencia núm. 237/2012 de 16 julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz; “La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución. (...)Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. (...)según declaró Marta al inicio de las sesiones del juicio Hipólito y ella no eran ya pareja, pero dijo que tampoco lo eran cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, por lo tanto nada se le iba a preguntar a Marta que pudiera comprometer "la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento", pues como hemos dicho en aquel momento ya no había relación de afectividad entre ellos, ni convivencia, ni por lo tanto intimidad familiar ni la relación volvió a retomarse después.”

-Para parte de la jurisprudencia, no cabe apreciar la dispensa cuando ya no son pareja en el momento de prestar declaración⁶¹⁹, aunque si lo fueran en el momento de realización de los hechos.

-No procede dispensa, aunque cuando sean pareja, cuando la víctima es la que ha interpuesto de forma espontánea la denuncia⁶²⁰. Tal criterio también se recoge por la Fiscalía, en la ya mencionada Circular 6/2011.

-Procede la dispensa, siendo pareja, aun cuando la víctima es la que ha interpuesto de forma espontánea la denuncia⁶²¹.

⁶¹⁹ Sentencia núm. 13/2009 de 20 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que **la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración**, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado”. En el mismo sentido, la sentencia núm. 164/2008 de 8 abril de la misma Sección y Sala no extiende la dispensa cuando eran pareja en el momento de los hechos, pero no en el momento de prestar la declaración. En el mismo sentido, la Sentencia núm. 292/2009 de 26 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁶²⁰ Sentencia núm. 1225/2004 de 27 octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; “El Tribunal a quo tiene toda la razón. En efecto, el art. 416 dispensa de la obligación de declarar, entre otros supuestos, al descendiente respecto de hechos imputados al ascendente, como ocurre aquí –relación padre e hija–, siendo claro que el presupuesto de tal dispensa es que medie la obligación de declarar. En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan –folio 1– denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente”. En el mismo sentido se pronuncia el Auto núm. 687/2006 de 29 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

⁶²¹ Sentencia núm. 1454/2010 de 4 octubre de la sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que manifiesta que existen “resoluciones que vienen a amparar el ejercicio de la dispensa de declarar por quien aparece en el procedimiento penal como denunciante (...) sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero y de 10 de febrero de 2009”.

Como podemos observar, la jurisprudencia es absolutamente cambiante. Por ello entendemos que sería necesaria una reforma legislativa que aclarara y determinara los criterios en cuanto a la extensión de la dispensa, toda vez que la regulación actual es ambigua y abierta a múltiples interpretaciones, las cuales están llevando a dictar sentencias o resoluciones cuyos fallos, ante supuestos idénticos, son absolutamente contradictorios, lo que crea un clima de inseguridad jurídica y una sensación de que se está “jugando a la bonoloto” en función de que se aplicará un criterio u otro dependiendo del Juzgado o Audiencia que vaya a conocer de la causa.

La doctrina también se encuentra dividida, y así, frente a autores como Magro Servet⁶²² o Paloma Montaña⁶²³, que abogan por una reforma legal que excluya a las víctimas de cualquier delito de la exención de declarar, para otros autores como Etxeberria Guridi⁶²⁴ o Montesinos García⁶²⁵ no cabe excluir a las víctimas de la dispensa de declarar en cuanto que lo hagan en el libre ejercicio de su voluntad, o

⁶²² Magro Servet, Vicente en “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim.): ¿Es necesaria una reforma legal?”, Editorial la Ley, 2005 núm. 6333, pág. 1 y ss.

⁶²³ Paloma Montaña, Lidia María en “Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010, pág. 404 y 405.

⁶²⁴ Etxeberria Guridi, José Francisco en “La prueba en el proceso de violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011, pág. 378.

⁶²⁵ Montesinos García, Ana en “La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECRIM.” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, pág. 400 y ss.

autores como Serrano Hoyo⁶²⁶ que entienden que solo cabe la dispensa siempre y cuando subsista el vínculo del que trae causa la dispensa en el momento de declarar.

Desde nuestro punto de vista, no se debe tener dos conceptos de familia diferentes en el mismo proceso penal, y si la especial tipificación de los delitos son por la especial relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, esa misma consideración debe mantenerse en todos los aspectos del proceso, incluido los aspectos procesales, y concretamente en cuanto a la dispensa para declarar. Si el legislador considera una especial gravedad en hechos que de ordinario en la mayor parte de los supuestos se consideraría leve, en función de esa especial relación, difícilmente se puede considerar que no existe la misma para obligar a la víctima a declarar sin poder acogerse a la dispensa.

Todo ello sin perjuicio de que en caso de absolución por falta de prueba ante la efectividad de la dispensa de declarar, en todo caso cabe la deducción de testimonio a los Servicios Sociales de la Comunidad autónoma correspondiente, por cuanto aunque no haya elementos probatorios para mantener la acusación o en su caso, quedar acreditados los hechos de las calificaciones acusatorias, si existen indicios de una situación de riesgo familiar que exija o aconseje la intervención de los Servicios Sociales mediante un seguimiento familiar, especialmente si hay menores, incapaces o personas especialmente vulnerables, o las víctimas pertenecen a colectivos en riesgo de exclusión social (inmigrantes, etnias minoritarias en que la mujer e hijos se encuentran especialmente sometidos, etc...).

⁶²⁶ Serrano Hoyo, Gregorio en “Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género”, Anuario de la Facultad de Derecho, Volumen XXVIII, 2010, pág. 140.

Respecto a la dispensa de declarar de los hijos menores de edad, no hay problemas en apreciar la dispensa siempre y cuando los mismos tengan capacidad de discernimiento sobre si su declaración puede o no afectar al imputado o acusado⁶²⁷.

En otro orden, hay que mencionar que para la mayor parte de la jurisprudencia, se plantea la imposibilidad de traer las declaraciones de la víctima al acto de la Vista Oral en función de lo dispuesto en el art. 730 Ley Enjuiciamiento Criminal⁶²⁸, cuando ésta se acoge al derecho a no declarar⁶²⁹, con base a que dicho

⁶²⁷ Sentencia núm. 1061/2009 de 26 de octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁶²⁸ "Artículo 730. Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral".

⁶²⁹ Sentencia núm. 129/2009 de 10 febrero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; "Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr . que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730 , debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le

artículo esta previsto para las situaciones de fallecimiento o desaparición del testigo, o imposibilidad sobrevenida de que los testigos declaren en la vista, y en el caso de la dispensa, no existe imposibilidad de declarar sino voluntad del testigo de no hacerlo.

Otra parte minoritaria de la jurisprudencia opuesta a la anterior, acepta la posibilidad de traer las declaraciones sumariales de los testigos acogidos a dispensa posteriormente en el acto de la Vista Oral a través del art. 730 Ley Enjuiciamiento Criminal⁶³⁰, en la consideración de que las declaraciones que ya han sido tomadas

atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973 , ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8770) , 28 de abril (RJ 2000, 3313) y 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9773) ; y 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 6247) , en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

C) Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario” En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia núm. 31/2009 de 27 enero de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

⁶³⁰ Sentencias núm. 171/2009 de 10 junio y núm. 115/2006 de 13 marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón; “En este caso lo que se plantea es la posibilidad de introducir como prueba incriminatoria el testimonio de la esposa (o en su caso otro pariente) en fase de instrucción, cuando ésta no ha declarado voluntariamente en juicio, y en caso afirmativo en qué condiciones podría hacerse válidamente tal incorporación. Desde nuestro punto de vista, sin desconocer el criterio dispar de otras Audiencias, resulta factible tal introducción en juicio del testimonio anterior dado en fase de instrucción, como una prueba más, siempre que en ese testimonio se haya dado advertencia de la dispensa legal del art. 416 LECr., habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma, y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio. El medio de introducción en el juicio como prueba valorable es el art. 730 LECr.. A nuestro modo de ver la dispensa que concede el art. 416 LECr., en contra de lo que se ha sostenido a veces por algún pronunciamiento jurisprudencial (STS 331/96 de 11 de abril, que cita la STS de 17 de dic. de 1997 (RJ 1997, 8770) , SAP de Barcelona sec. 5ª de 29 de abril de 2.005 (JUR 2005, 171503)), no aparece concebida para proteger al reo, sino para evitar al testigo pariente el doloroso trance de tener que soportar el conflicto personal entre la común obligación de declarar de toda persona colaborando con la justicia, y el apego y natural afecto que se profesa al acusado deseándose que sea absuelto. Se trata por lo tanto de un derecho

durante la instrucción con las debidas garantías legales no quedan eliminadas por actos posteriores, ni puede ocultarse su existencia al constar en la causa, y por tanto, deben ser tenidas en cuenta como una prueba más.

Idéntica dicotomía se presenta doctrinalmente, así que frente a autores como Pérez Cebadera⁶³¹ que manifiestan que “tampoco observamos ningún impedimento a que se pueda introducir en el juicio oral las declaraciones que hubiese realizado la

personal del testigo, jamás del reo quién tiene su propio derecho a no declarar -e incluso con un alcance más amplio de declarar inverazmente- y sólo a aquel y no a éste le corresponde hacer uso del mismo, por ej. declarando en contra del acusado en perfecta prueba que no es derecho de éste. El hecho de que un pariente -dispensable como testigo- haya querido rehusar en fase sumarial a tal dispensa, ha sido, por naturaleza, lo que ha inspirado la prosecución del proceso hasta el juicio oral. El hecho de que un testigo se acoja válidamente a no declarar en el preciso acto del juicio, no elimina su declaración anterior, que aparece inocultablemente en la causa, ni supone la manifestación de una crucial disposición privada -por parte de un testigo- de este material probatorio que pudiere haber resultado acopiado en fase anterior, en determinadas condiciones de respeto severo a los principios penales y procesales. Sería como dar al derecho a no declarar del testigo, que antes no se utilizó, una especie de abracadabrante efecto anulatorio para convertir, como supuesto añadido a las causas del art. 238 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , en inexistente lo que existía y había nacido sin la menor tacha de nulidad. Existe un derecho del testigo ex art 416 LECr. a no verse en el trance concreto de tener que mentir al ser interrogado, ejercitable simplemente en ese concreto momento de deponer - no más allá-, pero a nuestro modo de ver no se concibe tal dispensa - que sólo confiere derecho a callar- como un derecho a disponer de una declaración - ya hecha, porque en su día quisiere hacerlo consciente y voluntariamente, no pudiendo evitar que se utilice como bagaje probatorio, que sin duda existe. Discrepamos del sentido que por ej. la SAP de Cáceres de 9 de mayo de 2.005 y la SAP de Sevilla de 17 de dic. de 2003 (JUR 2004, 67760) , dan a tal derecho, como a que "no se utilice su testimonio para inculpar al acusado". No es así, a nuestro modo de ver, porque entonces -en hipótesis de un posible absurdo- hasta le daría igual declarar o no al testigo, bastando con que al final de su declaración dijera que es su deseo que lo que acabare de exponer, no fuere utilizado en contra del acusado. Sin desbordar el sentido de la dispensa, o, el derecho a no declarar, ejercitado sólo tardíamente en juicio, tendrá efectos a partir del momento en que se ejercite, pero no con carácter retroactivo alcanzando a la válida declaración anterior, al igual que el pariente que hubiere denunciado aun no teniendo la obligación de hacerlo con arreglo al art 261 LECr., no podrá retirar la denuncia bajo el argumento de que tiene un derecho a que no se utilice la denuncia para que se ejercite el público *Ius Puniendi*”.

⁶³¹ Pérez Cebadera, María Ángeles en “Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. Juan Luis Gómez Colomer, Colecció Estudis Jurídics nº 13, Castellón de la Plana 2007, pág. 404.

víctima en la fase de instrucción a través de la lectura de las mismas (art. 741 LECRIM), si ésta en la fase de juicio oral decidiese acogerse a su no obligación de declarar que le permite el art. 416.1º LECRIM”, otros autores como De Hoyos Sancho⁶³² entienden que “no podemos compartir el criterio de aquellos que proponen la aplicación de este artículo 730 de la LECr también a aquellos supuestos en que la víctima está perfectamente capacitada para prestar declaración en las sesiones del juicio oral, pero se niega a hacerlo en ese momento amparándose en las dispensas de parentesco anteriormente aludidas”, siendo éste último criterio el que compartimos, al considerar que dicho artículo está pensado para la imposibilidad de que el testigo pueda declarar en el acto de la vista oral, y no ante el deseo de hacerlo, sin perjuicio de que las declaraciones anteriores, de haberse tomado con las correspondientes garantías, se mantengan en el procedimiento y como obrantes en la causa tenga la relevancia probatoria que procesalmente tengan asignada.

Finalmente, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre aquellas declaraciones en que no se ofreció a la testigo la posibilidad de acogerse a la dispensa a declarar y se acoge posteriormente a la misma en otro momento procesal, las primeras declaraciones en que no se le ofreció la dispensa carecen de efecto. No así las declaraciones en que se ofreció la dispensa y el testigo no se acogió a la misma, y luego rectifica su declaración, pudiendo entonces ser traídas las declaraciones sumariales a la vista para ser sometidas a contradicción⁶³³, en virtud del art. 714 Ley

⁶³² De Hoyos Sancho, Montserrat en “La transcendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. Montserrat de Hoyos Sancho, Lex Nova, Valladolid 2009, pág. 431.

⁶³³ Sentencia núm. 100/2012 de 18 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, “En los supuestos en los que la víctima-testigo no haya sido informada, cuando proceda, de la dispensa del art. 416 de la LECr. en la fase de instrucción, y en el plenario se acoja a tal

Enjuiciamiento Criminal⁶³⁴. Si bien, dicha contradicción solo puede ser efectuada cuando existen declaraciones contradictorias, pero no cuando no existe declaración en el plenario, no siendo entonces admisible la aplicación de éste artículo⁶³⁵.

Vemos por tanto la enorme problemática que la dispensa de declarar del art. 261 Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea en los delitos de violencia doméstica y violencia de género en cuanto a su práctica diaria judicial, poco sorprendente en cuanto que son delitos que se cometen en el ámbito familiar y que atentan contra el bien jurídico “familia”, que precisamente permite y fundamenta la propia existencia de la dispensa. Ello supone la paradoja de que precisamente la legislación penal que busca proteger a la familia frente a sus ataques más lesivos, por cuanto se producen desde el interior de la misma, choca contra la protección procesal que se dispensa a la misma familia para que no tenga que declarar contra sí misma, de manera que protección procesal de la familia impide o dificulta la protección penal.

dispensa, aquella primera declaración carece de efectos, no siendo posible introducirla en el acto del Juicio Oral a través del art. 730 ni 714 de la LECr.. En el supuesto de que informada adecuadamente de la dispensa en la fase de instrucción declare voluntariamente y, posteriormente, en la fase del plenario rectifique aquella primera declaración que fue prestada con todas las garantías, podrán someterse a contradicción ambas de conformidad con el art. 714 de la LECr. a fin de que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.”

⁶³⁴ “Artículo 714. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

⁶³⁵ Alañón Olmedo, Fernando en “Algunos apuntes sobre el contenido de artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 77.

Reiteramos que consideramos la necesidad de una legislación coherente, que mantenga una única concepción de familia en el mismo proceso, y que determine los derechos y obligaciones de la misma en dicho proceso. Como manifiesta Piñeiro Zabala⁶³⁶, “quizás el rol de la víctima de delito de violencia de género no ha sido acompañado legislativamente con reformas en materia procesal y se ha centrado todo cambio jurídico en la plasmación de la doctrina que establece *ad hoc* la sala segunda del Tribunal Supremo, reflejando las carencias y el anquilosamiento de nuestra ley de ritos procesales penales, con un exceso de dependencia jurisprudencial”, a lo que añadiríamos que se ha centrado el legislador en la punición exhaustiva, paternalista y despersonalizada, que en su afán por proteger a la familia, se ha olvidado de sus obligaciones para con la víctima, el victimario y la propia familia.

⁶³⁶ Piñeiro Zabala, Igor en “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECRIM”, Revista Jurídica de Castilla y León nº 24, Mayo 2011, pág. 111.

CONCLUSIONES

1. La legislación actual sobre la violencia de género y violencia doméstica contemplada en la Ley 1/2004, a pesar de tratarse de un ley integral que contempla medidas no solo penales, sino también en los ámbitos del Derecho Procesal, Administrativo, Civil y Asistencial, contempla la violencia de género desde un punto de vista parcial e incompleto, referida única y exclusivamente a la mujer, y solo a aquella que es o ha sido esposa o pareja sentimental o figura análoga del hombre-agresor.
2. La ley contempla la violencia de género en su Exposición de Motivos, como la ejercida por el hombre contra la mujer por razón de la desigualdad histórica que ha sufrida la mujer, y como exponente de una situación de dominación y machismo. Sin embargo, este elemento subjetivo no fue recogido en la tipificación de las diferentes figuras delictivas, lo que ha supuesto de forma generalizada su aplicación automática una vez acreditada la realización del tipo objetivo.
3. Desde esta concepción, no se contempla la violencia de género ejercida contra el hombre, o contra el colectivo homosexual, transexual, bisexual o hermafrodita (por orientación e identidad sexual)
4. Tampoco se contempla como violencia de género la violencia ejercida contra las mujeres en ámbitos diferenciados de la relación de pareja o conyugal,

incluso dentro del ámbito doméstico, como pueden ser la ejercida contra las hijas, las hermanas, la madre o las demás ascendientes o descendientes.

5. Tampoco se han tipificado todas las conductas agresivas dentro del ámbito familiar como violencia de género, sino curiosamente, solo se han recogido las conductas más leves (maltrato, lesiones que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico, amenazas leves y coacciones leves). Han quedado excluidas las amenazas graves, las coacciones graves, las formas agravadas de los delitos de lesiones, y los delitos contra la vida, así como cualquier tipo de delito contra la libertad o indemnidad sexuales. Tampoco se ha tipificado el delito de acoso en el ámbito familiar o de género.
6. La legislación actual mantiene los diferentes delitos de violencia de género y violencia doméstica dispersos por diferentes capítulos del Código Penal. Asimismo, ha desplazado el delito de violencia habitual desde su ubicación anterior entre los delitos de lesiones a los delitos contra la integridad moral.

Ello ha planteado serias dudas sobre cuál es el bien jurídico protegido en estos delitos, especialmente en el delito de violencia habitual, con multitud de posturas doctrinales enfrentadas. Frente a una doctrina contradictoria, la jurisprudencia sigue manteniendo que el bien protegido en el delito de violencia habitual es la “paz familiar”, dentro del que incluyen aspectos tan diferentes como la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad.

7. Desde nuestra concepción, el bien jurídico protegido es pluriofensivo, de manera que junto a cada uno de los concretos bienes jurídicos protegidos según el concreto acto de violencia realizado (libertad, integridad física o psíquica, integridad moral, dignidad) se protege el bien jurídico familia en la concepción antes expuesta.
8. La dudosa constitucionalidad de la Ley 1/2004 ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional confirmando la constitucionalidad de la misma. Concretamente, se han planteado dudas respecto al diferente trato otorgado por la ley frente al mismo hecho cuando el sujeto activo es hombre y el sujeto pasivo es mujer unida actual o preteridamente al anterior por relación conyugal o sentimental, a cuando los sujetos se encuentran vinculados por otra relación familiar, todo ello respecto a los delitos de maltrato, lesiones, amenazas leves y coacciones leves. El Tribunal Constitucional ha considerado la constitucionalidad de los artículos en base a la desigualdad histórica de la mujer y a la situación de dominio y machismo que se desprende de la conducta delictiva del sujeto activo, sin que este elemento subjetivo se llevara al fallo de las resoluciones de constitucionalidad. Ello ha conllevado una jurisprudencia contradictoria respecto a la exigencia o no del elemento subjetivo de dominación para subsumir las conductas violentas en los tipos de violencia de género.
9. Asimismo, también resolvió favorablemente la constitucionalidad respecto de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a través de argumentaciones

periféricas que no entraban sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la imposición obligatoria de dicha pena.

10. La Ley 1/2004 ha ampliado enormemente el número de sujetos a los que puede aplicarse la ley. La falta de concreción acerca de la concurrencia o no de un elemento subjetivo y la aplicación automática de los tipos penales ha conllevado que se aplique la legislación sobre violencia doméstica a personas que no son encuadrables dentro de ningún concepto de familia.

11. Para solventar la problemática existente, hemos partido de un concepto de familia material, opuesto al concepto formal de familia. Definimos la familia como grupo de personas unidas por lazos afectivos, legales y/o consanguíneos, que con conciencia de la existencia de dichos lazos, se proporcionan un ámbito de libre desarrollo de su personalidad en los ámbitos emocionales y afectivos, económicos, sociales, intelectuales y alimentarios, así como protección y seguridad para este libre desarrollo.

12. Asimismo, partimos de un concepto de género identificado como sexo dentro del ámbito del Derecho Penal (diferente al concepto Criminológico, Social y Psicológico que recoge la Ley 1/2004), aceptando la nomenclatura de género por su uso generalizado e internacionalizado. En todo caso, entendemos que la violencia de género es aquella ejercida con razón de menosprecio o rechazo por la pertenencia del sujeto pasivo a un concreto sexo o género (hombre, mujer, transexual o hermafrodita). Identificamos asimismo la violencia de género la que se ejerce por la misma motivación contra homosexuales y

bisexuales, ya que si bien estos no constituyen un género, sino una orientación sexual, las raíces de la violencia son las mismas que las ejercidas contra hermafroditas y transexuales, y por tanto deben asimilarse a las mismas.

13. La identificación de sexo o género en el Derecho Penal reside en la inadecuación de mantener una concepción de Derecho de Autor a la que conlleva la adopción de una concepción criminológica de género como demostrativo de una desigualdad histórica y generalizada de desigualdad. La concepción criminológica expuesta demuestra una realidad, pero no toda la realidad. La necesidad de actuar a nivel Social, Administrativo o Civil para paliar esa realidad no tienen cabida en el Derecho Penal de manera que por un lado se excluya las subsistentes realidades y por otro lado se haga recaer en el sujeto activo el peso de una desigualdad histórica por su propia pertenencia al género masculino.

14. El concepto de género de la Ley identifica al hombre-esposo agresor como maltratador y a la mujer-esposa víctima como persona especialmente vulnerable y en situación de desigualdad desde una presunción iuris et de iure.

15. Partimos de que el bien jurídico protegido en los todos los delitos de violencia doméstica es pluriofensivo, y en el que junto a la libertad, la integridad física o psíquica o la integridad moral, se protege a la familia en su concepción mantenida en la conclusión nº 11.

16. Hemos analizado los diferentes tipos de violencia en el ámbito familiar. Para ello hemos distinguido entre la violencia de género y la violencia doméstica no de género, así como entre violencia habitual y violencia habitual, analizando las causas de cada una de ellas.
17. La violencia de género contra la mujer en el ámbito familiar busca someter y dominar a la misma, lograr su obediencia absoluta y el cumplimiento de sus obligaciones femeninas impuestas por su rol de mujer. La misma puede ejercerse tanto por hombre como por mujeres, contra cualquiera de las mujeres integrantes del núcleo familiar. Es infrecuente la violencia ocasional de género contra la mujer, por la propia naturaleza de la misma, siendo la violencia habitual el modo de cumplimiento de los objetivos de sometimiento. No existen tampoco barreras sociales, culturales o económicas a la hora de apreciar los ámbitos en que la violencia se desarrolla.
18. La violencia de género contra la mujer tiene unas fuertes raíces en la cultura de prácticamente todas las sociedades, incluida la nuestra. Pero ni toda violencia de género es contra la mujer, ni toda violencia contra la mujer es de género, siendo esencial identificar cuando nos encontramos con un tipo de violencia y contra otra.
19. La violencia de género contra la mujer se desarrolla mediante el ciclo de la violencia que se resume en cinco fases; aparente calma, acumulación de tensión, estallido de violencia, arrepentimiento y reconciliación. Este ciclo se produce de forma constante a lo largo de un ciclo mayor en el cual las fases no

solo se aceleran, sino que las fases 1, 4 y 5 se acortan ostensiblemente hasta llegar a desaparecer, de manera que finalmente solo subsisten las fases de tensión y estallido de la violencia. Por ello, obviamente, la violencia de género suele realizarse de forma habitual.

20. Las formas de violencia empleada contra la mujer son múltiples, y abarcan desde la desvaloración y humillación personal, hasta la culpabilización de la misma, las amenazas verbales, la intimidación, las agresiones físicas, las agresiones sexuales, el control económico o el aislamiento social.

21. La mujer víctima de violencia de género atraviesa por cuatro fases; una fase de negación de la situación por la que atraviesa, una fase de asunción de dicha situación, una fase de resignación y aceptación, y una última fase de incapacidad de soportar más la situación. Saber en qué fase se encuentra la mujer debería ser esencial no solo para intervenir con la misma a nivel social y de apoyo, sino para saber cuál va a ser su posición e intervención en el proceso penal.

22. El hombre agresor de violencia de género no es motivable por la norma penal. Su comportamiento es la respuesta natural partiendo de las concepciones desigualitarias entre hombre y mujer ante el estallido de una situación de crisis, y de la dependencia emocional respecto de la víctima, su bajo control de impulsos y su incapacidad de mostrar sentimientos (todas ellas características del agresor).

23. La violencia de género intrafamiliar contra el hombre carece de raíces históricas, y se corresponde más con la respuesta extrema hacia la situación de dominación histórica de la mujer, que considera al hombre en si mismo considerado como “machista”.
24. La violencia de género intrafamiliar contra homosexuales, transexuales o hermafroditas no tiene causa en una situación de sometimiento o dominación, sino en la consideración despreciativa del sujeto por su identidad o su orientación sexual, y tiene como fin que el sujeto pasivo asume un rol sexual que no tiene asignado o con el que no se identifica. En el ámbito familiar, la violencia de género presenta caracteres de habitualidad.
25. La violencia conyugal no de género rara vez es habitual, presentando caracteres de ocasionalidad, por lo que salvo supuestos especialmente virulentos, no suelen tener transcendencia en el ámbito familiar.
26. Dentro de la violencia contra hijos menores de edad por parte de custodios o cuidadores es de aplicación el Derecho de Corrección, que se sigue manteniendo a pesar de la reforma del Código Civil que lo eliminó de su articulado, si bien con límites no concretados doctrinal ni jurisprudencialmente, y que consideramos que deben situarse no atendiendo tanto a los datos objetivos del grado de violencia empleado contra el menor, sino en las necesidades del menor y su realidad personal, familiar y social, de la posibilidad de empleo de otros medios menos lesivos y de la adecuación de la

violencia a la conducta del menor a corregir. Por otro lado, el Síndrome de Munchausen por poderes presenta una escasa significación cuantitativa, pero una alta importancia cualitativa en cuanto a los efectos sobre los menores, por lo difícil del diagnóstico de la enfermedad y a que la falta de detección acaba conllevando la muerte del menor.

27. La violencia contra menores de edad por no los no custodios o cuidadores no suele tener relevancia familiar, siendo frecuente las riñas entre hermanos sin mayor transcendencia. Si presenta especial relevancia sin embargo la ejercida contra los menores como una forma más de ejercer violencia contra el otro cónyuge, o incluso violencia de género, de manera que el menor se convierte en el instrumento con el que hacer daño a la otra parte.

28. Especial relevancia tiene la violencia indirecta contra los menores, por la visualización o conocimiento por otros medios de la violencia intrafamiliar contra otros miembros. Presenta dos ámbitos esenciales de aplicación; dentro de un clima de violencia habitual familiar, o mediante un proceso de instrumentalización generalmente durante los procesos de separación o divorcio.

29. Al igual que los menores, en la violencia contra ancianos, incapaces o personas especialmente vulnerables ya existe una situación de inferioridad por parte del sujeto pasivo. La violencia contra los mismos puede presentar causas exógenas (descarga de las frustraciones del sujeto activo sobre un ser que presenta una especial vulnerabilidad) o por causas endógenas (descarga sobre el sujeto

pasivo por las molestias que la propia situación de éste provoca). La violencia no siempre es violencia física, sino que aquí es frecuente la violencia por ignorancia o negligencia, que relega al sujeto pasivo a una situación de “inexistencia” e “invisibilidad” familiar.

30. La violencia contra otros miembros del núcleo familiar, salvo los supuestos de violencia habitual contra todo el núcleo familiar, presenta un carácter generalmente ocasional, y asimismo, intranscendente.

31. La violencia ejercida por toxicómanos o adictos a sustancias alcohólicas o psicotrópicas se desarrolla generalmente contra padres y pareja. Su causa viene por la necesidad de recursos para satisfacer su adicción, por encontrarse bajo los efectos de las sustancias, o por el deterioro que la adicción ya ha provocado en el sujeto activo. La violencia desaparece por tanto cuando desaparece la adicción, y en su caso, cuando es tratado el deterioro de la adicción. Presenta grandes problemas, por cuanto los adictos de larga duración han desarrollado enfermedades físicas y mentales que requieren de un tratamiento que dado el grado de violencia del adicto solo proporciona el sujeto pasivo, el cual se encuentra en una situación de riesgo tanto al proporcionar los cuidados del adicto como al no proporcionarlos.

32. La violencia habitual ejercida contra un único miembro de la familiar tiene como principales receptores la mujer (sin necesidad de que la misma sea esposa del sujeto activo) y homosexuales, transexuales y hermafroditas, si bien puede ejercerse contra cualquier miembro del núcleo familiar. Puede tener

asimismo una razón de género o traer causa en cualquiera de las posibilidades analizadas respecto de la violencia ocasional.

33. La violencia habitual contra diferentes miembros del núcleo familiar suele conllevar una estratificación de éstos, de manera que el agresor se sitúa en la cúspide, mujeres y homosexuales en la base, y los restantes miembros en diferentes escalas, más abajo tanto según el rol familiar asignado por el agresor, como según se alejen o se identifiquen con dicho rol.

34. La respuesta penal ofrecida por el legislador, realizada más con carácter populista y electoralista que con base criminológica y social, ha sido insatisfactoria a prácticamente todos los niveles, cumpliendo únicamente de forma satisfactoria el papel simbólico de mostrar la violencia doméstica y de género como un problema social y no familiar. Sin embargo, dicho papel simbólico puede volverse en contra una vez que la sociedad toma conciencia de que el Derecho Penal, ofrecido como la gran respuesta para solventar el problema de éste tipo de violencia, está teniendo efectos contraproducentes no habiendo terminado y ni siquiera disminuido los supuestos que llegan a los Juzgados después de casi un década de funcionamiento de la ley.

35. Los agravamientos de la ley actual, en su aplicación automática y mayoritaria por la jurisprudencia, parten de una concepción de Derecho Penal de Autor incompatible con el principio de culpabilidad. La negación de ese derecho penal de Autor y la exigencia de un elemento subjetivo del tipo a probar en cada supuesto concreto ha dividido la jurisprudencia, aplicando o no los

nuevos tipos penales según la concepción de la que parta cada Juzgado o Tribunal, fomentando la sensación de inseguridad jurídica.

36. De la legislación actual se desprende una expansión del Derecho Penal hacia ámbitos privados de las relaciones de familia y de pareja, expansión que además busca solventar los problemas de maltrato o violencia intrafamiliar mediante la punición de conductas con carácter primordial, anulando la capacidad de decisión y actuación de la víctima desde una consideración de la misma *iuris et de iure* de la misma como incapaz de tomar decisiones por su cuenta, especialmente vulnerable, sometida al control del sujeto activo y que se encuentra en una situación de inferioridad.

37. La obligatoriedad de imponer la pena de alejamiento al penado respecto del sujeto pasivo, así como la obligatoriedad de la condición de alejamiento para la suspensión de la pena, obligan a la separación forzosa de los miembros de la unidad familiar en todos los supuestos, incluidos los delitos por hechos de naturaleza leve (amenazas y coacciones leves, maltrato y lesiones sin tratamiento médico). Dicha separación cuando no es querida por la víctima, conlleva un agravamiento de su proceso de victimización, y asimismo, conlleva un empeoramiento de la situación familiar, ya que supone un mayor costo económico al tener que mantenerse dos domicilios diferentes, mayores dificultades para el cuidado de personas dependientes o para educar a los hijos menores, y mayores dificultades para que victimario y víctima puedan solventar el problema de fondo que ha conducido a la realización del acto delictivo.

38. La mayor victimización y el agravamiento de los problemas familiares se ve incrementado con la imposibilidad, para los delitos de violencia de género, de acudir a la mediación penal, sistema de Justicia Restaurativa que lleva funcionando con éxito en países con mayor tradición de lucha contra la violencia doméstica y de género como los Estados Unidos de Norteamérica. Ello conlleva además el sentimiento de la víctima de que es utilizada por las diferentes administraciones sin que sea tomada en cuenta su situación, su realidad, sus deseos y sus necesidades, y la sensación de que lo único que importa es que declare cuando es llamada para ello.
39. Procedería una reforma legislativa que diferencie entre los delitos que afectan al bien jurídico protegido familia de aquellos meros actos constitutivos de infracciones contra la libertad o la integridad física que no afectan a dicho bien jurídico, no mediante una presunción *iuris et de iure* sino desde el análisis concreto de cada realidad del acto cometido.
40. Procedería también una adecuación de los conceptos que distinga los delitos de violencia en el ámbito familiar de los delitos de violencia de género, no en base a otra presunción paternalista *iuris et de iure* según los sujetos y su posición dentro de la estructura familiar, sino atendiendo nuevamente a la realidad de cada supuesto concreto y a la concurrencia de la motivación de desprecio por razón del género, sexo o identidad sexual del sujeto pasivo, con independencia del sexo del sujeto pasivo y su ubicación en la estructura familiar.

41. Convendría una reforma legislativa que amplíe los delitos de violencia doméstica y de género a las conductas más graves y lesivas, que actualmente carecen de una regulación específica desde el punto de vista de la violencia intrafamiliar, y de la figura de acoso, actualmente subsumido con problemas dentro del delito de coacciones.
42. Debe integrarse la mediación penal dentro del proceso penal, como forma no alternativa sino integrada dentro del sistema, que fomente la participación de las víctimas desde una postura en la que es escuchada, en la que el victimario asume el hecho y las consecuencias del mismo, buscando desde dicha aceptación la reparación del daño causado y los medios para no volver a causar otros daños, y fomentando por tanto a lo largo del proceso y durante la ejecución de la pena la rehabilitación del imputado/acusado/penado como de la estructura familiar, cuando hay mutua voluntad de ello. Para ello es necesario la modificación penal de las sanciones señaladas para los delitos como de las condiciones para la suspensión y sustitución de la pena de prisión.
43. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se han mostrado no solo innecesarios al no requerirse especialización por parte de los Jueces y otros funcionarios para el conocimiento de dichas causas, sino que han supuesto en la práctica un agravamiento del proceso de victimización secundaria, suponen un retraso en la tramitación de los procesos duplicando actuaciones y comparecencias del agresor, víctimas y testigos ante las sedes judiciales, sustrayendo recursos económicos y personales que podrían ir destinados a un mejor funcionamiento

de los Juzgados. Por tanto, se estima conveniente la supresión de los mismos de manera que los delitos de violencia familiar se tramiten ante el Juzgado de Instrucción que por normas de reparto corresponda, sin perjuicio de que se mantenga la unidad civil y penal de los procedimientos, y la acumulación de las diferentes causas con los mismos sujetos en el Juzgado que conoció en primer lugar. Y sin que ello impida la especialización de los psicólogos y asistentes sociales.

44. Procedería una reforma legislativa que ponga fin a los problemas planteados por la dispensa a declarar de parientes, evitando la multitud de posturas jurisprudenciales existentes, y que unifique los conceptos de familia a nivel penal y procesal dentro de los delitos de violencia doméstica y de género.

45. Es conveniente, a pesar de la necesidad de las ordenes de protección, dotar de medios más eficaces a la administración para tener acceso inmediato a la situación económica, social y laboral de los sujetos afectados por la orden, ya que las medidas civiles son prácticamente tomadas a ciegas por los jueces ante la práctica inexistencia de prueba en el momento de adopción de las mismas.

46. En definitiva, la que en su momento fue tan esperada Ley contra la Violencia de Género, parte ya de presupuestos erróneos en su concepción, y tras una década de experiencia, se ha mostrado incapaz en sus fines de detener o disminuir los supuestos de violencia doméstica y de género, incapaz de intervenir socialmente con las víctimas y los victimarios, ha incrementado los procesos de victimización de las primeras y afectado negativamente a las familias donde ha

intervenido. Ha abierto una brecha social en la concepción género-mujer y género-hombre en la que, con la excusa de evitar una situación de desigualdad, mantiene esa desigualdad con una concepción paternalista y hasta machista de que la mujer es siempre, por el hecho de ser mujer, una víctima, un ser inferior al hombre y más necesitado de protección penal ante los mismos hechos que afectan a otros géneros, y que es además incapaz de tomar decisiones por su misma. Ha sido incapaz de adoptar medidas efectivas con los agresores, y ha apartado a la víctima de decisiones que afectan a su intimidad personal, familiar, sexual y conyugal, imponiéndola medidas contrarias a sus necesidades y/o deseos, y por tanto, fomentando que la misma no vuelva a denunciar ante otros hechos violentos por la incapacidad de la administración de atender sus necesidades y solventar sus problemas. Y por ello, es necesaria una reforma legislativa que más allá del populismo electoral del momento y de las peticiones de determinados grupos de presión, afronte la violencia doméstica y de género desde una posición menos punitiva y mas restaurativa, que incluya a la víctima en el proceso no como un mero instrumento más sino como una pieza esencial de la familia que se ve afectada por el acto violento y por la Ley, y con capacidad de decisión sobre su propia persona.

RESUMEN

INTRODUCCION

La regulación actual de los delitos de violencia intrafamiliar (doméstica y de género) procede de la reforma operada por la Ley 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre. Dicha ley introduce nuevas formas de comisión delictiva (no solo relativas a la violencia de género a pesar del nombre de la ley) y amplía el número de sujetos que pueden ser sujetos activo y pasivo de los delitos, estableciendo una gravosa comparación entre los delitos cometidos contra la mujer por parte de quien es o ha sido su esposo o pareja sentimental y sobre las personas especialmente vulnerables, de los delitos cometidos contra cualquier otra persona del núcleo familiar. La ley establece además un catálogo de medidas interdisciplinarias (civiles, administrativas, laborales, económicas y sociales) que abarcan todos los aspectos jurídicos y asistenciales en aras a la protección de las víctimas de violencia de género.

Dado el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley, ya es posible hacer un análisis tanto del texto como de su aplicación ante los Juzgados en aras de observar si la ley cumple los objetivos contemplados en su Exposición de Motivos, y si resuelve la problemática social en torno a los delitos de violencia intrafamiliar.

OBJETIVOS

Objetivo de esta tesis es realizar un estudio de la violencia intrafamiliar (doméstica y/o de género), diferenciando entre las distintas clases de violencia que se puede desarrollar dentro del ámbito familiar, con especial atención a la violencia de género a la que hace referencia la ley, que nos permite realizar un análisis de los problemas sociales existentes en éste ámbito a los que es necesario dar respuesta. Para ello se hace preciso previamente establecer un concepto de familia y otro concepto de género. Tras lo cual se estudia la ley vigente mediante un análisis de los tipos penales, con especial énfasis en los problemas no resueltos judicialmente mediante la aplicación de la misma, y los problemas que crea la propia ley y que agravan la situación tanto de la víctima como del victimario y de la propia familia.

Una vez efectuado dicho análisis, el siguiente paso es la propuesta de *legiferenda* de una regulación penal que trate de solventar los problemas no resueltos o creados por la ley.

Posteriormente se realiza un estudio de otras medidas penales y procesales necesarias para obtener una visión de conjunto del funcionamiento de Ley 1/2004, como son las especiales medidas adoptadas en la ejecución de la pena de los delitos de violencia de género, el funcionamiento de las ordenes de protección, el funcionamiento de los juzgados de violencia de la mujer y los problemas derivados de la dispensa a no declarar entre cónyuges. Finalmente se analiza la conveniencia del uso de la mediación penal como forma de resolución de conflictos de violencia intrafamiliar.

METODO

Para la realización del presente trabajo de investigación se han utilizado, esencialmente, tres métodos diferentes, dos de ellos complementarios entre sí (método deductivo y método de investigación bibliográfica documental), y un tercero contrapuesto (método inductivo).

La larga experiencia del autor en el mundo jurídico por su labor como Abogado y como Abogado-Fiscal Sustituto con una trayectoria de ejercicio y postulación ante los Tribunales de unos 19 años aproximadamente (habiendo trabajado concretamente ante los Juzgados de Violencia contra la Mujer y los Juzgados de Instrucción en todos los aspectos relativos a la violencia intrafamiliar), así como la labor social durante casi 10 años en un Centro de Prevención de Menores, le han permitido observar de cerca la realidad social que rodea toda la problemática de este tipo de violencia a lo largo de un periodo de tiempo muy prolongado, interviniendo tanto a nivel social y asistencial como jurídico.

A ello se une los conocimientos no solo jurídicos adquiridos por la Licenciatura y los cursos de Doctorado y otros cursos menores, sino sobre todo los conocimientos criminológicos adquiridos por la realización de la Licenciatura en Criminología, que ha permitido al autor tener una visión más amplia y sobre todo, realizar un análisis de la realidad social y jurídica desde una perspectiva diferente. A ello hay que unir toda la bibliografía especializada utilizada, la legislación nacional y la jurisprudencia

existente nacional y europea, para cuyo uso se ha utilizado la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, la Biblioteca de la Fiscalía y las particulares de numerosos colegas que amablemente han contribuido con sus fondos a la realización de este trabajo, así como las bases de datos operativas en internet como Dialnet, Westlaw, Aranzadi o El Derecho por poner solo algunos ejemplos. De esta manera, el autor ha podido realizar un análisis tanto desde el punto de vista dogmático como desde un punto de vista político-criminal y criminológico de toda la realidad que envuelve la violencia doméstica y de género.

CONCLUSIONES

El trabajo realizado nos permite dar un concepto de familia que el legislador no ha definido y sobre el que pesa el silencio, y un concepto de género que difiere notablemente del mantenido por el legislador, el cual presenta serias lagunas que dejan sin resolver múltiples aspectos de la violencia de género y que acarrea graves consecuencias no solo jurídicas, sino sobre todo sociales, para víctimas y victimarios. Asimismo, hemos delimitado el bien jurídico protegido en los delitos de violencia intrafamiliar

Asimismo, el trabajo nos ha permitido establecer diferentes tipos de violencia intrafamiliar, distinguiendo entre la violencia de género y la violencia no de género, y dentro de cada una, entre la violencia ocasional y violencia habitual, así como según los diferentes sujetos implicados y las causas de las que deviene dicha violencia.

La conceptualización de la familia y el género por un lado, y el análisis de los diferentes tipos de violencia intrafamiliar y demás medidas adoptadas por la ley integral 1/2004 por otro, nos ha permitido constatar que la legislación actual no solo se muestra absolutamente ineficaz de resolver la problemática en torno a esta violencia debido a su falta de proporcionalidad, a su excesivo punitivismo y a la escasa consideración hacia la víctima que pasa a ser un mero instrumento probatorio en el proceso para conseguir una pena, por lo que ha resultado contraproducente y ha acabado agravando aún más la situación de las víctimas e incrementando el proceso de victimización de estas.

Por ello, y a resultas de la investigación efectuada, se ha realizado una propuesta de lege ferenda que trate de paliar los problemas ocasionados, tratando de acomodarse al principio de proporcionalidad, basando los tipos penales en su afectación al bien jurídico tratando de huir del automatismo y el objetivismo en su aplicación, huyendo de presunciones iuris et de iure tanto de los victimarios como de las víctimas, y extendiendo la aplicación a las conductas más graves que se habían quedado fuera de la legislación vigente.

ABSTRACT

PROBLEMATIC ASPECTS ABOUT DOMESTIC AND GENDER VIOLENCE CRIMES;
SPECIAL CONSIDERATION ON THE DIFFICULTIES IN ITS IMPLEMENTATION

INTRODUCTION

The current regulation for the intrafamilial violence crimes (domestic and gender) comes from the reform by the Act 1/2004 for Comprehensive Protection against Gender Violence, of December 28th. This Law introduces new ways to commit crimes (not only on gender violence despite the name of the law) and also expands the number of subjects that can be active and passive subjects of the crime, establishing a burdensome comparison between crimes against women by those who are or have been their husband or sentimental partner and the particularly vulnerable persons, over the offences committed against any other family member. The Law also establishes a catalogue of interdisciplinary measures (civil, administrative, labour, economic and social) covering all legal and welfare aspects in order to protect victims of gender violence.

Due to the lapsed period since the entry into force of the Act, it is possible to analyze both the text and its application before the Courts in order to examine if the Law meets the objectives set out in its Statement of Reasons, and if it solves the social issues involving offences of intrafamilial violence.

GOALS

The objective of this thesis is to study the intrafamilial violence (domestic and/or gender), differentiating between the various types of violence that can be develop within the family, with special attention to the gender violence referred by the Law, which allows us to conduct an analysis of the social problems in this area that need to be solved. As a consequence, it becomes necessary to establish a family concept and also a gender concept. Therefore the current Law is studied through an analysis of the offences types, with special emphasis on judicially unresolved problems, and also the problems created by the Law, creating an aggravated situation for the victim, the perpetrator and the family.

Once the analysis is completed, the next step is a proposal of *lege ferenda* for a criminal regulation which tries to solve the unsolved problems or the ones created by the Law.

Subsequently, we make a study of other criminal and procedural steps that are necessary to obtain an overview of the function of the Law 1/2004, like the special measures taken for carry out the punishment of gender violence offences, the operation of the protection orders, the operation of the Courts of violence against women and the problems that arise from the exemption of not to testify between spouses. Finally, we analyze the appropriate use of mediation as a mean to solve conflicts of intrafamilial violence.

THE METHOD

For the realization of this research we have used essentially three different methods, two of them complement each other, deductive method and review of bibliography and specialized hemerography, and a third one, the inductive method.

The author's long experience in the legal world for his work as a lawyer and as a substitute lawyer-prosecutor, with 19 years of exercise before the Courts (having worked specifically in the Courts of violence against women and the preliminary enquiry Courts in all the aspects of domestic violence) and social work for almost 10 years in a Minor Prevention Centre, have allowed the author to observe closely the social reality that surrounds the issue of violence over a very long period of time, intervening in both social and legal assistance.

Also we can mention not only the legal knowledge acquired by the undergraduate and PhD courses and other minor courses, but especially the criminological knowledge acquired by the obtaining of a degree in Criminology, which has enabled the author to have a broader view and especially to make the analysis of social and legal reality from a different perspective. We must add all the bibliography used, national legislation and the existing jurisprudence (national and European) for which we have used the Library of the Faculty of Law of the Complutense University of Madrid, the Library of the Public Prosecutor and the particular books of many colleagues who have kindly contributed their funds to the

completion of this work, as well as databases such as: Dialnet, Westlaw, Aranzadi, web of knowledge, EBSCOhost, etc. In this way, the author has been able to make an analysis from a dogmatic and criminological point of view to the reality that involves domestic and gender violence.

CONCLUSIONS - RESULTS

The present investigation allows us to establish a family concept that the legislator has omitted, and also a gender concept that markedly differs from the one that the legislator maintained, which has serious gaps that unresolved many aspects of gender violence and carries not only legal but social consequences, for victims and perpetrators. We have also defined the protected legal right in the intrafamilial violence crimes.

In addition, this work has enabled us to establish different types of intrafamilial violence, distinguishing between the gender violence and the violence without gender reasons, and within each, the occasional violence and the habitual violence, as well as the different subjects involved and the reasons to reach such violence.

The concept of family and gender on one side, and on the other the analysis of different types of intrafamilial violence and other measures taken by the Act 1/2004, has allowed us to observe that the current legislation is totally ineffective to resolve the problems that surrounds this kind of violence due to its lack of proportionality, excessive punitively and a sparse consideration for the victim who happens to be a mere probational instrument in the criminal process to get a penalty, the result is

counterproductive and it has serious results for the victims, increasing the process of victimization.

Therefore, and as a result of this investigation, we have made a proposal of *lege ferenda* to try to ease the problems caused, being consistent with the proportionality principle, basing the criminal kinds on the affectation of the protected legal right, trying to get away from the automatism and objectivism in its application, avoiding presumptions *iuris et de iure* for the perpetrators and the victims, and extending the application to more serious behaviours that were left out of the legislation.

LEGISLACION

1. Resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU en la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”
2. Ley 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género
3. Código Penal publicado mediante Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre
4. Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
5. Ley 3/2007 Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo, de 15 de Marzo
6. Ley Integral, 5/2005 de 29 de diciembre, contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid
7. Constitución Española
8. Circular 6/2001 de la Fiscalía General del estado
9. Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado
10. Circular 4/2001 de la Fiscalía General del Estado
11. Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado
12. Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado
13. Circular 4/2005 de la Fiscalía General del estado
14. Consulta 1/2008 de la Fiscalía General del Estado
15. Ley de Enjuiciamiento Criminal redactada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
16. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 24/2007 de 9 de octubre

17. Requisitos para acceso a las Ayudas Económicas para las Mujeres Víctimas de Violencia de Género, sede.gobcam.es, disponible el 24 de Julio de 2013 en internet
18. Modelo de mediación de violencia de género, Consejo General del Poder Judicial, www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion, disponible el 24 de Julio de 2013.
19. Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la 96ª sesión plenaria de 29 de Noviembre de 1985, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”
20. Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio
21. Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

1. Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia Europeo, de 15 de Septiembre de 2012, Decisión marco 2001/220/JAI

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Auto núm. 187/2006 de 6 junio del Pleno del Tribunal Constitucional
3. Sentencia núm. 127/2009 de 26 mayo del Pleno del Tribunal Constitucional
4. Sentencia núm. 59/2008 de 14 de Mayo del Pleno del Tribunal Constitucional
5. Sentencia núm. 222/1992 de 11 diciembre del Tribunal Constitucional.
6. Sentencia núm. 45/2009 de 19 febrero del Pleno del Tribunal Constitucional

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

7. Auto núm. 687/2006 de 29 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
8. Sentencia núm. 662/200, de 18 de abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
9. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2005 de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo
10. Sentencia núm. 10/2007 de 19 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

11. Sentencia núm. 1059/2012 de 27 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
12. Sentencia núm. 1060/1996, de 20 de diciembre de 1996 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
13. Sentencia núm. 1061/2009 de 26 de octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
14. Sentencia núm. 1154/2011 de 10 noviembre de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
15. Sentencia núm. 1156/2005 de 26 septiembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
16. Sentencia núm. 1161/2000 de 26 de junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
17. Sentencia núm. 1188/2010 de 30 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
18. Sentencia núm. 1208/2000 de 7 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
19. Sentencia núm. 1212/2006 de Octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
20. Sentencia núm. 1225/2004 de 27 octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
21. Sentencia núm. 1267/2011 de 14 noviembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
22. Sentencia núm. 129/2009 de 10 febrero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

23. Sentencia núm. 13/2009 de 20 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
24. Sentencia núm. 1309/2005 de 11 noviembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
25. Sentencia núm. 1348/2011 de 14 diciembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
26. Sentencia núm. 1376/2011 de 23 de Diciembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
27. Sentencia núm. 1427/2005 de 2 diciembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
28. Sentencia núm. 1504/2001 de 23 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
29. Sentencia núm. 160/2010 de 5 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
30. Sentencia núm. 164/2001 de 5 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
31. Sentencia núm. 164/2008 de 8 abril de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
32. Sentencia núm. 168/2012 de 14 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
33. Sentencia núm. 168/2012 de 14 marzo de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
34. Sentencia núm. 192/2011 de 18 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

35. Sentencia núm. 20/2002 de 10 de enero de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo
36. Sentencia núm. 238/2011 de 21 marzo de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
37. Sentencia núm. 25/2008 de fecha 25 de enero de 2008 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
38. Sentencia núm. 261/2005 de 28 febrero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
39. Sentencia núm. 292/2009 de 26 marzo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
40. Sentencia núm. 31/2009 de 27 enero de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
41. Sentencia núm. 39/2009 de 29 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
42. Sentencia núm. 41/2010 de 22 de Julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
43. Sentencia núm. 417/2004 de 29 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
44. Sentencia núm. 419/2005 de 4 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
45. Sentencia núm. 459/2010 de 14 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
46. Sentencia núm. 465/1994 de 1 marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

47. Sentencia núm. 510/2009 de 12 de mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
48. Sentencia núm. 525/2009 de 26 mayo de la sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
49. Sentencia núm. 580/2006 de 23 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
50. Sentencia núm. 593/2003 de 16 de Marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
51. Sentencia núm. 61/2009 de 20 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
52. Sentencia núm. 619/2008 de 13 octubre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
53. Sentencia núm. 645/2004 de 14 de mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
54. Sentencia núm. 645/99 de 29 abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
55. Sentencia núm. 677/2007 de 20 julio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
56. Sentencia núm. 69/2006 de 20 de enero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
57. Sentencia núm. 717/2005 de 18 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
58. Sentencia núm. 725/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
59. Sentencia núm. 761/2006 de 10 de Julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

60. Sentencia núm. 770/06 de 13 de julio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
61. Sentencia núm. 775/2007 de 28 septiembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
62. Sentencia núm. 832/98 de 17 de Junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
63. Sentencia núm. 834/2000 de 19 de mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
64. Sentencia núm. 907/2002 de 16 mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
65. Sentencia núm. 927/2000 de 24 de junio de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
66. Sentencias núm. 126/2011 de 31 enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

67. Sentencia núm. 1241/2010 de 26 de Julio de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
68. Sentencia núm. 138/2008 de 27 de Marzo de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid
69. Sentencia núm. 152/2007 de 26 de febrero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
70. Sentencia núm. 198/2009 de 8 de Mayo de la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz

71. Sentencia núm. 214/2011 de 29 de Septiembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas
72. Sentencia núm. 234/2010 de 1 de octubre de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
73. Sentencia núm. 25/1999, de 21 de abril de la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Córdoba
74. Sentencia núm. 29/2012 de 14 de febrero de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra
75. Sentencia núm. 40/2006 de 30 de Enero de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
76. Sentencia núm. 519/1999 de 20 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona
77. Sentencia núm. 52/2008 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos
78. Sentencia núm. 571/1999 de 31 de mayo de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
79. Sentencia núm. 662/2006 de 12 de Septiembre de la Sección nº 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
80. Sentencia núm. 72/2011 de 25 de Julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
81. Sentencia núm. 807/2007 de 8 de octubre de la Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid
82. Sentencia núm. 81/2013 de 24 de Enero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
83. Sentencia núm. 92/2011 de 18 de Enero de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

84. Auto de fecha 3 de mayo de de 2010 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo nº 206/10)
85. Sentencia de 16 noviembre 2006 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona (JUR 2007\117513)⁶³⁷
86. Sentencia núm. 5/2012 de 20 de enero de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete
87. Sentencia núm. 11/2012 de 11 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
88. Sentencia núm. 31/2004 de 14 enero de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla
89. Sentencia núm. 21/2012 de 16 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia
90. Sentencia núm. 55/2006 de 17 enero de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga
91. Sentencia núm. 31/2008 de 18 enero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
92. Sentencia núm. 11/2006 de 19 enero de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería
93. Sentencia núm. 76/2007 de 9 febrero de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas
94. Sentencia núm. 88/2012 de 14 febrero de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
95. Sentencia núm. 98/2011 de 14 febrero de la sección nº 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid

⁶³⁷ Se incluye el JUR para su localización, toda vez que la sentencia carece de numeración según aparece reflejada en la base de datos.

96. Sentencia núm. 117/2013 de 15 febrero de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
97. Auto núm. 116/2007 de 19 febrero de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
98. Sentencia núm. 63/2011 de 21 febrero de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
99. Auto núm. 212/2008 de 27 febrero de la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
100. Sentencia núm. 84/2012 de 6 marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
101. Sentencia núm. 480/2006 de 13 marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja
102. Sentencia núm. 89/2012 de 13 marzo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería
103. Sentencia núm. 115/2006 de 13 marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón
104. Sentencia núm. 133/2012 de 22 marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona
105. Sentencia núm. 196/2009 de 30 marzo de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla
106. Sentencia núm. 36/2008 de 1 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén
107. Sentencia núm. 637/2010 de 15 abril de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid

108. Sentencia núm. 72/2007 de 16 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete
109. Sentencia núm. 100/2012 de 18 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra
110. Sentencia núm. 37/1999 de 19 abril de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba
111. Sentencia núm. 222/2012 de 24 abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.
112. Sentencia núm. 180/2009 de 27 abril de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid
113. Sentencia núm. 131/2007 de 4 mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava.
114. Sentencia núm. 255/2009 de 6 mayo de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla
115. Auto núm. 151/2012 de 8 mayo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz
116. Sentencia núm. 284/2001 de 18 mayo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada
117. Sentencia núm. 456/2012 de 21 mayo de la Sección nº 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
118. Sentencia núm. 430/2012 de 24 mayo de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
119. Sentencia núm. 384/2010 de 1 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia

120. Sentencia núm. 258/2007 de 8 junio de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid
121. Sentencia núm. 609/2012 de 8 junio de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid
122. Sentencia núm. 136/2009 de 10 junio de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete
123. Sentencia núm. 171/2009 de 10 junio de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón
124. Sentencia núm. 135/2007 de 11 junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Asturias
125. Sentencia núm. 299/2010 de 11 junio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
126. Sentencia núm. 230/2012 de 12 junio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
127. Sentencia núm. 55/2006 de 12 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia
128. Sentencia núm. 167/2010 de 14 junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares
129. Sentencia núm. 553/2006 de 28 junio de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
130. Sentencia núm. 15/2012 de 29 junio de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
131. Auto núm. 665/2004 de 30 junio de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid

132. Auto núm. 81/2005 de 30 junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén
133. Sentencia núm. 39/2008 de 3 julio de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos
134. Sentencia núm. 265/2006 de 7 julio de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid
135. Sentencia núm. 339/2008 de 7 julio de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Madrid
136. Sentencia núm. 396/2010 de 15 julio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
137. Sentencia núm. 237/2012 de 16 julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz
138. Sentencia núm. 1226/2010 de 26 julio de la Sección nº 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
139. Sentencia núm. 198/2012 de 30 julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares
140. Sentencia núm. 91/2012 de 30 julio de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo
141. Sentencia núm. 316/2012 de 30 julio de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Tenerife
142. Sentencia núm. 651/2012 de 3 septiembre de la Sección nº 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona
143. Sentencia núm. 781/2004 de 8 septiembre de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

144. Sentencia núm. 595/2010 de 8 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante
145. Sentencia núm. 335/2010 de 9 septiembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón
146. Sentencia núm. 1319/2010 de 13 septiembre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
147. Sentencia núm. 583/2009 de 15 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante
148. Sentencia núm. 589/2009 de 15 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante
149. Sentencia núm. 914/2012 de 17 septiembre de la Sección 26ª de la Audiencia provincial de Madrid
150. Sentencia núm. 336/2010 de 23 septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid
151. Sentencia núm. 501/2012 de 29 septiembre de la Sección nº 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona
152. Auto núm. 663/2008 de 3 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla
153. Sentencia núm. 231/2012 de 4 octubre de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Murcia
154. Sentencia núm. 74/2010 de 4 octubre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
155. Sentencia núm. 1454/2010 de 4 octubre de la sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid

156. Sentencia núm. 404/2011 de 6 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona
157. Sentencia núm. 412/2004 de 8 octubre de la Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid
158. Sentencia núm. 304/2006 de 11 octubre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
159. Sentencia núm. 51/2006 de 16 octubre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete
160. Sentencia núm. 402/2011 de 17 octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid
161. Sentencia núm. 249/2010 de 19 octubre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
162. Auto núm. 448/2009 de 27 octubre de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra
163. Sentencia núm. 1156/2012 de 29 octubre de la sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
164. Sentencia núm. 137/2012 de 31 octubre de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca
165. Sentencia núm. 254/2012 de 2 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
166. Sentencia núm. 542/2008 de 4 noviembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla
167. Sentencia núm. 114/2011 de 9 noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara

168. Sentencia núm. 519/2012 de 9 noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña
169. Sentencia núm. 658/2011 de 11 noviembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada
170. Sentencia núm. 262/2012 de 13 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
171. Sentencia núm. 1238/2012 de 15 noviembre de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid
172. Sentencia núm. 416/2011 de 16 noviembre de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid
173. Sentencia núm. 953/2011 de 21 noviembre de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
174. Sentencia núm. 700/2011 de 23 noviembre de la Sección 16ª de la Audiencia provincial de Madrid
175. Sentencia núm. 207/2011 de 30 noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
176. Auto núm. 380/2008 de 3 diciembre de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
177. Sentencia núm. 1045/2006 de 5 diciembre de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
178. Sentencia núm. 551/2011 de 12 diciembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona
179. Sentencia núm. 555/2008 de 19 diciembre de la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Castellón

180. Sentencia núm. 321/2010 de 23 diciembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia
181. Sentencia núm. 852/2011 de 2 de septiembre de la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

BIBLIOGRAFIA

1. “Informe de la Real Academia Española sobre expresión Violencia de Género”, Madrid, 19 de Mayo de 2004
2. Acale Sánchez, María en “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, Revista Electrónica de derecho de la Universidad de La Rioja nº 7, Diciembre 2009
3. Acale Sánchez, María en “El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar” Valencia 2000
4. Acale Sánchez, María en “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, Editorial Reus S.A., Madrid 2006
5. Acale Sánchez, María en “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15
6. Aebi, Marcel F. en “Familia disociada y delincuencia: el caso suizo en los años 1990” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-08
7. Aebi, Marcelo F. en “Temas de Criminología”, Editorial Dykinson, Madrid 2008, pág. 23 y 24
8. Agustina, José Ramón en “Introducción II. La cohesión familiar como principal factor de protección: ¿existe un modelo deseable de familia para reducir la delincuencia violenta?” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010

9. Alañón Olmedo, Fernando en “Algunos apuntes sobre el contenido de artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
10. Alastuey Dobón, María del Carmen en “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
11. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; y Vodanovic, Antonio en “Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I” Editorial Jurídica de Chile, Colombia 1998
12. Alonso Escamilla, Avelina en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial” Coord. Carmen Lamarca Pérez, 6ª edición Colex, 2011
13. Alonso Salgado, Cristina y Torrado Tarrío, Cristina en “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
14. Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011
15. Álvarez, Ofelia en “El enfoque de género y la violencia contra las mujeres: aproximación al análisis de los conceptos” en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer volumen 3 n° 1*, Centro de Estudios de la Mujer, Caracas 2006

16. Álvarez-Buylla Bustillo, Susana y González Ruiz, Cruz en “Intervención grupal con mujeres traumatizadas”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
17. Álvaro Estramiana, José Luis en “Psicología social: perspectivas teóricas y metodológicas”, Siglo XXI Editores, Madrid 1995
18. Amadeo García, Sergio en “Código Penal Parte especial Tomo II. Volumen I” 2009, pág. 145 a 147. Disponible en Dialnet el 15-04-2013
19. Amorós, Pere; Rodrigo López, María José; Donoso, Trinidad; y Máiquez, M^a Luisa en “Diseño de materiales para la formación en género. El programa de apoyo psicosocial para mujeres” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007
20. Andrés Domingo, Paloma en “De la invisibilidad de la violencia contra las mujeres al reconocimiento como un problema social, político y sanitario”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja: Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
21. Antón Oneca, José en “Derecho Penal”, segunda edición, Akal, 1986
22. Añón Roig, María José y Mestre i Mestre, Ruth en “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005

23. Aragonese Martínez, Sara en “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006
24. Aránguez Sánchez, Carlos en “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153-1 CP”, en V.V.A.A. , *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson Madrid, 2005
25. Arburola Valverde, Allan en “Victimología penal o criminológica”, disponible en www.bibliomaster.com el 04-06-2013
26. Arechederra Ortiz, Ángeles en “La violencia masculina contra las mujeres en las relaciones de pareja. Proceso y consecuencias”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
27. Armendáriz León, Carmen en V.V.A.A. “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en *La Aplicación de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Coord. María del Carmen Molina Blázquez, Editorial Bosch, Barcelona 2005
28. Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en “Violencia de género *versus* violencia doméstica. Consecuencias jurídico penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, Grupo Difusión, Madrid 2006
29. Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en V.V.A.A. “La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)” en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters 2011

30. Arroyo Zapatero, Luis Alberto en V.V.A.A. “Legitimidad constitucional y convivencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Dir. Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008
31. Arruabarrena, María Ignacia y De Paul, Joaquín en “Violencia y maltrato sobre menores” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010
32. Balda Medarde, María José en “La asistencia letrada a la víctima” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
33. Ballesteros Moreno, Constanza en “Tutela judicial” en V.V.A.A. *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dir. Elviro Aranda, Editorial Dykinson Madrid 2005
34. Baratta, Alessandro en “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, Siglo XXI Editores, octava edición 2004
35. Baratta, Alessandro en “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena, nº 1*, Barcelona 1991
36. Barea Payueta, Consuelo en “El maltratador como exmarido y como padre” Ediciones Consuelo Barea, Barcelona 2012
37. Barreto Hernández, Carmen María en “Estudio y aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

- Violencia de Género. Especial referencia al ámbito de la función pública”, en Noticias Jurídicas, 2006, disponible en Dialnet el 8-04-2013
38. Barreto Hernández, Carmen María en “Estudio y aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Especial referencia al ámbito de la función pública”, Noticias Jurídicas, Diciembre 2006, disponible en Dialnet el 15.04-2013
39. Bejerano Guerra, Fernando en “la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género: problemas suscitados por el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007
40. Beltrán Llera, Jesús y Bueno Álvarez, Antonio en “Psicología de la Educación”, Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona 1995
41. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio en “El delito de lesiones” Ediciones Universidad de Salamanca 1982
42. Beristain, Antonio en “Derecho Penal, Criminología y Victimología”, Jurua Editora, 2007
43. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en www.bcn.cl el 07-05-2013
44. Bodas Martín, Ricardo en “Actividad del ministerio de Justicia en la promoción de los instrumentos para la tutela judicial de las víctimas de violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006

45. Boira Sarto, Santiago en “Hombres maltratadores. Historias de violencia masculina”, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010
46. Boldova Pasamar, Miguel Ángel y Rueda Martín, María Ángeles en “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
47. Boldova Pasamar, Miguel Ángel y Rueda Martín, María Ángeles en “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal Español”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, 2ª época, 2004
48. Bonilla Correa, Jesús Ángel en “La reparación del daño en los delitos de violencia de género: aspectos procesales y sustantivos. Los daños morales” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
49. Bosch, Esperanza; Ferrer, Victoria A.; Ferreiro, Virginia; y Navarro, Capilla en “La violencia contra las mujeres. El amor como coartada”, Siglo XXI editores, Barcelona 2013
50. Brage Cendán, Santiago B. en “La violencia machista: análisis del conflicto” en *Estudios Penales y Criminológicos Volumen XXXII*, 2012
51. Brahm M., Paulina y Martínez G., Javiera en “Maltrato infantil oculto: síndrome de Münchausen por poder”, disponible en medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/120.html el 05-06-2013

52. Bustos Rubio, Miguel en “Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil”, Editorial Bosch 3ª Edición, Barcelona 2013, pág. 284 y ss.
53. Caballero Gea, José Alfredo en “Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado”, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2013
54. Cabrera Forneiro, José en “Crimen y castigo: investigación forense y criminológica”, Ediciones Encuentro S.A., Madrid 2010
55. Cabrera Forneiro, José en “Violencia de género y trastornos mentales” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
56. Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio en “Manual de Derecho Penal Tomo II Parte especial” Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.
57. Calvo García, Manuel en “Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, Trabajo 17 Universidad de Huelva, 2009, pág. 105 a 131
58. Campos Cristóbal, Raquel en “La violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
59. Campos Cristóbal, Raquel en “Tratamiento penal de la violencia de género” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005

60. Canteras Espinosa, Leonor en “El proceso de la violencia en la pareja” en *Te pego porque te quiero*, publicado por Anna M Arnau, disponible el 07-06-2013 en espai-temps.blogspot.com/2009/02
61. Carazo Johanning, Ana Teresa en “Aspectos generales sobre el tratamiento jurídico y social de la víctima de violencia doméstica inmigrante en los E.E.U.U.”, Eguzkilore nº 21, San Sebastián, Diciembre 2007
62. Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte Especial” 3ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2010
63. Cardona Torres, Juan en “Derecho Penal Parte Especial” Editorial Bosch S.A., Comte d’Urgell 2010
64. Carracedo Bullido, Rosario en “Los malos tratos, tratamiento legal y jurisprudencial” en V.V.A.A. *Familia y violencia: enfoque jurídico*, EDITORIAL Dykinson, Madrid 1999.
65. Caruso Fontán, María Viviana en “El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia”, Revista General de Derecho Penal 16, 2011
66. Caruso Fontán, María Viviana en “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”, Tirant Monografías, Valencia 2006
67. Castelló Nicás, Nuria en “Concepto general de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral. un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
68. Castillejo Manzanares, Raquel en “Problemas que plantea la actual aplicación de la ley integral” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011

69. Castro Lemus, Nuria en “Análisis de los contextos estructurales que afectan a la Educación Física e inciden en la construcción de género”, en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007
70. Castro Lemus, Nuria en “Análisis de los contextos estructurales que afectan a la Educación Física e inciden en la construcción de género”, en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007
71. Catalán Frías, María José en “Diagnóstico del maltrato desde el punto de vista psicopatológico. Instrumentos de diagnóstico psicológico”, en V.V.A.A. *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2010
72. Centro Ecuatoriano de Desarrollo y Estudios Alternativos en “Ciclo de la Violencia”, disponible el 07-06-2013 en es.scribd.com
73. Cerezo Mir, José en “Curso de Derecho Penal Español II”, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2004
74. Chocrón Giráldez, Ana María en “Medidas cautelares y su quebrantamiento” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
75. Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel en “Instituciones de Derecho penal español”, CESEJ Ediciones, Madrid 2004
76. Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, T.S. en “Derecho Penal Parte General” 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1999
77. Coll-Plans, Gerard; García-Romeral, Gloria; Mañas Rodríguez, Carmen; y Navarro-Varas, Lara en “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre

- violencia y agresión”, Papers: Revista de Sociología nº 87, 2008, disponible en dialnet.unirioja.es el 08-04-2013
78. Comas D’Argemir Cendra, Monserrat en “La aplicación de la Ley orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
79. Comas D’Argemir i Cendra, Monserrat y Queralt Jiménez, Joan en V.V.A.A “Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo” en *La violencia de género. Política Criminal y Ley Penal*, Editorial Civitas, Madrid 2005, pág. 1223
80. Comas D’Argemir, Montserrat en “Tutela institucional: el observatorio del CGPJ y el nuevo observatorio estatal” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
81. Comas D’Argemir, Montserrat en “La Ley Integral contra la Violencia de Género: una ley necesaria”, Revista Jurídica de Castilla y León nº 4, septiembre de 2004
82. Comas D’Argemir, Montserrat en “la ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
83. Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes; Magaldi Paternostros, María José; Rebollo Vargas, Rafael; Cugat Mauri, Miriam; y Baucells Lladós, Joan en “Comentarios al Código Penal Parte General”, Dirs. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011

84. Cortés Becchiarelli, Emilio en V.V.A.A. "Novedades Legislativas en Materia de Maltrato Doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación", en *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Becchiarelli, Tirant lo Blanch, Valencia 2004
85. Cortés Becchiarelli, Emilio ; Nieto Martín, Adán; Núñez Castaño, Elena; y Pérez Cepeda, Ana María en "Nociones fundamentales de derecho Penal Parte Especial (adaptado al EEES)", Editorial Tecnos, Madrid 2010
86. Cortés Becchiarelli, Emilio en "El delito de malos tratos familiares. Nueva Regulación" Editorial Marcial Pons, Valencia 2000
87. Cruz Blanca, María José en "De un Derecho Penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho Penal de género" en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
88. Cruz Blanca, María José en "Los subtipos agravados del delito de violencia domestica habitual" Cuadernos de Política Criminal nº 84, 2004
89. Cruz Márquez, Beatriz en "Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzada de la L.O. 1/2004, de protección integral contra la violencia de género", *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXX, 2010
90. Cruz Moratones, Carles en "La Ley integral de Medidas de Protección Contra la Violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales" en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006

91. Cuadrado Ruiz, María Ángeles y Requejo, Carmen en “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”, disponible en Dialnet el 15-04-2013
92. Cuadros, Diana en “La violencia intrafamiliar vista por los expertos” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010
93. Cubillo López, Ignacio en “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006
94. Cuenca García, María José en “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña núm. 4*, 1998, pág. 22.
95. Cuenca Ruiz, Ana en “Orden de Protección” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
96. Cuesta Pastor, Pablo en “Delitos de violencia de género y violencia habitual en el ámbito doméstico” en *Cuadernos de Política Criminal Nº 109*, 2013.
97. De Bofarull, Ignasi y Gas, Montserrat en “El nucleo familiar como entorno de fenómenos violentos” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010
98. De Corral, Paz en “Proceso de victimización en las mujeres víctimas de violencia de pareja” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en Estudios de Derecho Penal

- y Criminología, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009
99. De Couto Gálvez, Rosa, Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen en “La protección jurídicas de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal”, Editorial Colex, Madrid 2007
 100. De Hoyos Sancho, Montserrat en “La transcendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. Montserrat de Hoyos Sancho, Lex Nova, Valladolid 2009
 101. De Hoyos Sancho, Montserrat en “Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables: algunas particularidades procesales” en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010
 102. De Hoyos Sancho, Montserrat en “Particularidades de la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género”, en V.V.A.A. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. Cristina Guilarte Martín-Calero, Editorial Lex Nova, Valladolid 2009
 103. De la Cerda Ojeda, F.; Goñi González, T.; y Gómez de los Terreros, I. en “Síndrome de Munchausen por poderes” en *Cuadernos de Medicina Forense online nº 43-44*, Sevilla enero-abril 2006
 104. De la Cuesta Aguado, Paz María en “El concepto de ‘violencia de género’ de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, transcendencia y

- efectos”, Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal núm. 27, enero-abril 2012
105. Del Fresno García, Miguel en “La familia como sujeto intencional: estilos familiares como predictores de riesgos” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013
106. Del Moral García, Antonio en “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar: Aspectos sustantivos”, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000
107. Del Pozo Pérez, Marta en “Violencia doméstica y juicio de faltas”, Editorial Atelier, Barcelona 2006
108. Delgado Álvaro, Carmen en “Raíces de la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
109. Delgado Martín, Joaquín en “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Revista Xurídica Galega* n° 39, 2003
110. Díaz Aznarte, María Teresa en “La respuesta del ordenamiento jurídico-laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
111. Díaz Pérez, Guillermina y Vázquez González, Natalia Ix-Chel en “Voces ocultas, voces escuchadas: género y violencia, un fenómeno a estudiar” en *Feminismo/s 9*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2007

112. Díaz Pita, María Paula en “Violencia de género: el sistema de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
113. Díaz Ripolles, José Luis en “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 103, 2002, pág. 63 a 97
114. Díez Ripollés, José Luis en “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín mexicano de derecho Comparado núm. 103*, 2002
115. Díez Ripollés, José Luis en V.V.A.A. “Comentarios al Código penal Parte especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes” Coords. José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997
116. Domínguez Bilbao, Roberto en “Las Víctimas” en V.A.A.A. *Introducción a la Psicología del Derecho*, Coord. Isabel Hoyo Sierra, Revistas de Ciencias Jurídicas y Sociales 11, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2004
117. Domínguez Izquierdo, Eva María en “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
118. Durán Ferrer, María en “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Artículo 14 Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 17, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004
119. Echauri Tijeras, Juan Antonio; Azcárate Seminario, Juana María; y Martínez Sarasa, María A. en “Los varones y la violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de*

- intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
120. Escartín Caparrós, María José en “Violencia y mujer. La intervención de crisis con mujeres maltratadas y sus hijos”, disponible en [rua.ua.es/dspace/bitstream el 07-06-2013](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/107-06-2013)
121. Escuchuri Aisa, Estrella en “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
122. Etxeberria Guridi, José Francisco en “La prueba en el proceso de violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
123. Expósito Jiménez, Francisca; Herrera, María del Carmen; y Herrera, Antonio en “Ley integral contra la violencia de género. Balance del primer periodo de funcionamiento de los juzgados especializados” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
124. Expósito Jiménez, Francisca; López Megías, Jesús; Herrera, María del Carmen; y Montañés, Pilar en “Violencia doméstica y asimetrías de poder en la pareja” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
125. Faraldo Cabana, Patricia en “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa*

- y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
126. Fernández González, Emilio en “El maltrato de hijos a padres. Algo más que un delito” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto Morales, Bosch Editor, España 2012
 127. Fernández Ibáñez, Eva en “El derecho de corrección” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
 128. Fernández Nieto, Josefa y Solé Ramón, Anna María en “El impacto de la mediación en los casos de violencia de género”, Lex Nova S.A.U., Barcelona 2010
 129. Fernández Pantoja, Pilar en “El sistema de tutela ante la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
 130. Fernández Pérez, Pilar en “Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
 131. Fernández Rodríguez, María Esperanza y Pérez Ruiz, María en “La ley integral de medidas contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010

132. Fernández Teruelo, Javier Gustavo en “Feminicidios de género: Evolución real del fenómeno, el suicidio del agresor y la incidencia del tratamiento mediático”, Revista española de Investigación criminológica nº 9, 2011
133. Fernández, María Lameiras; Carrera Fernández, María Victoria; y Rodríguez de Castro, Yolanda en “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
134. Fernández-Romero, Enrique; Espino Pérez, Rafael; Aguilera Peña, Manuel; Pablo Vázquez, María Dolores; Galán Doval, Carlos Javier; y Recio Ramírez, José Manuel en “Violencia doméstica atendida en urgencias de un hospital comarcal: características sociodemográficas de víctima y agresor”, Servicio de Urgencias de la Línea de Procesos Críticos y Urgentes del Hospital de Montilla (Córdoba). Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir. Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. Emergencias 2008, nº 20
135. Ferreiro Baamonde, Xulio en “La víctima en el Proceso Penal”, La Ley Actualidad S.A., Madrid 2005
136. Ferrer García, Ana en “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley integral” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
137. Ferrer Pérez, Victoria A. y Bosch Fiol, Esperanza en “Introduciendo la perspectiva de género en la investigación psicológica sobre violencia de género” en *Anales de psicología volumen 21 nº 1*, 2005

138. Flores Cerdán, Patricia en “Asistencia integral para todas las víctimas de la violencia de género en el ámbito doméstico: la experiencia de la Comunidad de Madrid” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
139. Foro Mundial contra la Violencia hacia la Mujer, Dictamen Final. Violencia Doméstica. Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia, Valencia 2000
140. Gairín Sallán, Joaquín en “Coeducación y prevención temprana de la violencia de género”, Ediciones Gráficas Arial S.L., Ministerio de Educación y Ciencia, 2007
141. Galán Muñoz, Alfonso en “De la ‘violencia doméstica’ a la ‘violencia de género’: ¿un paso fallido hacia el derecho penal del enemigo?” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
142. Gallizo Llamas, Mercedes en “La intervención penitenciaria con los penados por delitos de violencia de género y violencia doméstica” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
143. García Agustín, Laura en “Apuntes de Violencia Familiar”, Universidad Camilo José Cela, 2006
144. García Albero, Ramón en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011, pág. 1944.
145. García Álvarez, Pastora en “Precedentes de la denominada ‘violencia de género’ en el Código penal español. Apuntes críticos” en V.V.A.A. *Estudios sobre*

- la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
146. García Arán, Mercedes en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal, Parte Especial” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004
 147. García Castaño, Francisco Javier y Granados Martínez, Antolín en “Educación, ¿integración o exclusión de la diversidad cultural?” en V.V.A.A. *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Coords. Francisco Javier García Castaño y Nina Kressova, Granada 2011
 148. García Domínguez, Antonio en “La influencia de la cultura machista en la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
 149. García González, Javier en “La violencia de género en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
 150. García Hernández, Concha en “Violencia de género”, disponible el 07-06-2013 en www.psicoterapeutas.com
 151. García Selgas, Fernando J. y Casado Aparicio, Elena en “Violencia en la pareja: género y vínculo”, Talasa Ediciones, Madrid 2010
 152. García Vitoria, Aurora en “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar” en *Estudios Penales sobre la Violencia Doméstica*, Enero 2002, disponible en <http://vlex.com/vid/298596> el 05-06-2013

153. García Zafra, Inés en “La asistencia jurídica gratuita tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
154. García-Pablos de Molina, Antonio en “Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos”, Tirant lo Blanch, Valencia 2007
155. García-Pablos de Molina, Antonio en “Tratado de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2003
156. Garrido, Vicente; Stangeland, Per; y Redondo, Santiago en “Principios de Criminología”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006
157. Garzenmüller Roig, Carlos en “El fiscal en la investigación de los delitos contra la violencia familiar”, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales III, Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 28, 29 y 30 de junio de 1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999
158. Giberti, Eva en “Gays, lesbianas, transexuales, travestis, andróginos, intersexuales, hermafroditas, ‘queers’, ‘rechazan ordenamientos sexuales establecidos’”, disponible en internet el 22-05-2013
159. Giménez-Salinas, Esther en “La otra cara del maltrato: ¿una tercera victimización?” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009

160. Gisbert Pomata, Marta y Díez Riaza, Sara en “El tratamiento procesal penal de la violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
161. Gómez Pavón, Pilar en “Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil” Editorial Bosch 3ª Edición, Barcelona 2013
162. Gómez Rivero, María del Carmen en “El ‘presunto’ injusto de los delitos contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
163. Gómez Villora, José María en “Protocolo sobre violencia de género y mediación” en V.V.A.A. *Protocolos sobre Violencia de Género*, Coord. José María Gómez Villora, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
164. González Cano, María Isabel en “La tutela judicial en la Ley Integral contra la Violencia de Género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
165. González Cussac, J. M.; Matallín Evangelio, A.; Enrique Orts Berenguer; Roig Torres, M.; Rois Torres, M.; “Derecho penal. Parte especial. Tomo VII”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007
166. González García, María Pilar en “Amor, género y violencia en la pareja” en V.V.A.A. *Violencia de género. Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011

167. González Rus, Juan José en “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *en Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid 2005
168. Gorjón Barranco, María Concepción en “La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia ‘cuasi-doméstica’ habitual”, *Revista General de Derecho penal* nº 19, 2013
169. Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013
170. Gössel, Annemarie en “El alejamiento del domicilio familiar del agresor en el derecho alemán. La violencia doméstica y los actuales intentos legislativos para su contención”, traducida por Miguel Polaino Navarrete, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, nº 2, 2002
171. Goyena Huerta, Jaime en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal”, Dir. Manuel Gómez Tomillo, Editorial Lex Nova S.A.U., Valladolid 2010
172. Gracia Martín, Luis en “Comentarios al Código Penal Parte Especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes”, Tirant lo Blanch, Valencia 1997
173. Gracia Martín, Luis en V.V.A.A. “Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español”, Coord. Luis Gracia Martín, Tirant lo Blanch, Valencia 1996
174. Guardiola Lago, María Jesús en “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho penal* nº 12, Noviembre 2009

175. Guiralt Martínez, Rosa María en “El Ministerio Fiscal y los Juzgados de Violencia contra la Mujer” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
176. Gutiérrez Romero, Francisco Manuel en “Violencia de género: Justicia y práctica” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto Morales, Bosch Editor, España 2012
177. Guzmán Pérez, Cristina en “La violencia de género en los procesos de familia, separación, divorcio y nulidad”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
178. Hernández Hernández, Antonia en “La violencia de género; una mirada desde el Trabajo Social” en V.V.A.A., *La ley integral. un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
179. Hernández Ramos, Carmelo en “Implantación en las audiencias provinciales de las oficinas de medidas alternativas a la prisión” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007
180. Herrera Moreno, Myriam en “Sobre víctimas y victimidad” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009

181. Herrero Ortega, Antolín en “Victima y Agresor en la Violencia sobre la Mujer” en V.V.A.A. *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
182. Hidalgo Huerta, Juan José en “Victimología: diferencia entre pareja penal y pareja delincucional” en *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas* Online, disponible el 04-06-2013
183. Hikal, Wael en “Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo”, Flores Editor y Distribuidor, México 2005
184. Hikal, Wael en “Glosario de Criminología y Criminalística”, Flores Editor y Distribuidor, México 2011, Flores Editor y Distribuidor, México 2005
185. Hikal, Wael en “Introducción a la Criminología” Editorial Jurídica, 1ª Edición 2010, Flores Editor y Distribuidor, México 2005
186. Huenchuán, Sandra y Guzmán, José Miguel en V.V.A.A. “Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales”, Editora Irma Arriaga, Naciones Unidas 2005
187. Huerta Tocildo, Susana en V.V.A.A. “Los límites del Derecho Penal en la Prevención de la Violencia Doméstica”, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, Tirant lo Blanch, Valencia 2004
188. Hurtado Mullor, María José en “Quebrantamiento de pena y/o medida de seguridad realizada por un adolescente” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012

189. Ibabe, Izaskun y Jaureguizar, Joana en "El perfil psicológico de los menores denunciados por violencia filio-parental", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 6, número 9, 2011
190. Ibáñez Solaz, María en "El Observatorio sobre la Violencia Doméstica" en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
191. Iborra Marmolejo, Isabel en "Introducción al maltrato de personas mayores" en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010
192. Instituto Asturiano de la Mujer en la "Guía para profesionales. Recursos contra la Violencia de Género", Edita Instituto Asturiano de la Mujer, 2008
193. Instituto Interamericano del Niño, disponible en www.iin.oea.org el 7-05-2013
194. Instituto Vasco de la Mujer en "Guía de actuación ante el maltrato doméstico y la violencia sexual contra las mujeres para profesionales de los servicios sociales", Edita Emakunde Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria 2006
195. Jaén Vallejo, Manuel en "El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género", " en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, , Madrid 2006
196. Jakobs, Günter en "Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación" traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid 1997
197. Javato Martín, Manuel en "Violencia, abuso y maltrato de personas mayores" en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva*

- jurídico-penal y procesal*, Dirs. Manuel Javato Martín y Montserrat de Hoyos Sancho, Tirant lo Blanch, Valencia 2010
198. Jescheck, Hans-Heinrich en “Tratado de Derecho Penal Parte general” traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Editorial Comares, Granada 2002
199. Jiménez Cortés, Rocio en “Aportaciones metodológicas a la investigación sobre género en educación” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007
200. Jiménez Díaz, María José en “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
201. Kaneshiro, Neil K.; Dugdale, David C.; y Zieve, David en “Síndrome de Munchausen por poderes”, traducida por el Dr. Tango, en *A.D.A.M. Health Solutions*, Febrero 2011, disponible en www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001555.htm el 05-06-2013
202. La Casa de la Duda, en “La rueda de poder y de control en la pareja”, octubre de 2007, disponible en <http://www.opdv.state.ny.us/espanol/spanduluthtext.html>.
203. Lamnek, Siegfried En “Teorías de la Criminalidad”, Siglo XXI Editores, quinta edición 2002

204. Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción en “Derecho Penal Español. Parte general” 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2010
205. Larrauri Pijoan, Elena en “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 12, 2003
206. Larrauri Pijoan, Elena en “Igualdad y violencia de género”, INDRET *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona 2009
207. Larrauri Pijoan, Elena en “Justicia restauradora y violencia doméstica” en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad País Vasco, Bilbao 2009
208. Larrauri Pijoan, Elena en “Los programas formativos como medida penal alternativa a los casos de violencia de género ocasional” en *Avances de investigación en criminología. Revista de la Sociedad Española de Investigación Criminológica año 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011
209. Larrauri, Laura en “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* nº 55, 2006
210. Lasarte Álvarez, Carlos en “Principios básicos del actual Derecho de Familia español” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013
211. Laurenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración política-criminal” en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005
212. Laurenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la política criminal española, entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres” en V.V.A.A. *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof.*

- Gerardo Landrove Díaz*, Dirs. Francisco Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli y Miguel Ángel Núñez Paz, Tirant lo Blanch, Valencia 2011
213. Laurenzo Copello, Patricia en “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, disponible en Dialnet.unirioja
214. Leganés Gómez, Santiago en “La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; en especial los cursos formativos de los maltratadores” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
215. Lila Murillo, María Soledad; García, Antonio; y Lorenzo, María Victoria en “Manual de Intervención con Maltratadores”, PUV Universidad de Valencia, 2011
216. Linacero de la Fuente, María en “Nuevos horizontes en la protección de la familia” en V.V.A.A. *Familia y Política: controversias y futuro*, Ed. Jesús Rodríguez Torrente, Universidad Pontificia de Comillas, 1996
217. Lloria García, Paz en “La influencia de los medios de regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
218. Lomas, Carlos en “Ni víctimas ni verdugos” en *Revista Fuentes Volumen nº 7 Tema Monográfico; Educación y Género*, Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2007
219. Lombroso, Cesar y Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses en “El Atlas de Lombroso”, Editorial Maxtor, Valladolid 2006

220. López García, Elena en “La figura del agresor en la violencia de género: la figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención” en *Papeles del Psicólogo nº 88*, Septiembre de 2004, disponible en www.papelesdelpsicologo.es el 10-06-2013
221. López Peregrín, Carmen en “Amenazas, coacciones y violencia de género” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
222. López Precioso, Magdalena en “Medidas de sensibilización en el ámbito social” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
223. López Precioso, Magdalena y Montiel Roig, Gonzalo en “Modelos explicativos y sistemas de indicadores para entender y medir la violencia de género” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
224. Lorente Acosta, Miguel en “Derivadas e integrales de la violencia de género. La recuperación de las mujeres víctimas” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
225. Lorente Acosta, Miguel en “El agresor en la violencia de género: anatomía del maltratador”, conferencia impartida en Gijón el 25-10-2005, disponible en www.comadresfeministas.com el 10-06-2013
226. Lorente Acosta, Miguel en “Juventud, identidad y violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel

- Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
227. Lorente Acosta, Miguel en “La importancia de la coordinación institucional: protocolos en la ley integral. Las unidades de valoración integral de la violencia de género de los institutos de medicina legal” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
228. Lorente Acosta, Miguel en “Violencia de género: acciones y reacciones” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
229. Luzón Cuesta, José María en “Compendio de Derecho Penal Parte Especial” Dykinson S.L. Madrid, 2011
230. Magro Servet, Vicente en “El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
231. Magro Servet, Vicente en “Los planes formativos de reeducación en la ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre como medidas complementarias en la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 CP)” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
232. Magro Servet, Vicente en “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim.): ¿Es necesaria una reforma legal?”, Editorial la Ley, 2005 núm. 6333

233. Magro Servet, Vicente; Hernández Ramos, Carmelo; y Cuéllar, J. Pablo en “Mediación Penal, una visión práctica desde dentro hacia fuera”, Editorial Club Universitario, Alicante 2012
234. Malde Modino, Iria en “Qué es la familia. Definición e implicaciones del concepto”, Psicología OnLine, disponible en www.psicologiaonline el 7-05-2013,
235. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “Violencia de género: Discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006
236. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial la Ley, Madrid 2011
237. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011
238. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009
239. Manjón-Cabeza, Araceli en “Dominación y machismo. ¿Quién decide?”, Diario La Ley nº 7496/2010

240. Manjón-Cabeza, Araceli en “La mujer víctima de la violencia de género” en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009
241. Maqueda Abreu, María Luisa en “La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08/02, 2006
242. Martí Cruchaga, Vicente en “El sistema penal frente a la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
243. Martín Ríos, Pilar en “Víctima y Justicia Penal”, Editorial Atelier, Barcelona 2012
244. Martín Sánchez, Laura en “El buen trato a la infancia” en V.V.A.A. *La Violencia Intrafamiliar: Menores, jóvenes y género. Una mirada desde la Práctica Profesional*, Coord. Concepción Nieto Morales, Bosch Editor, España 2012
245. Martínez Escamilla, Margarita; Martín Lorenzo, María; y Valle Mariscal de Gante, Margarita en “Derecho Penal . Introducción. Teoría Jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje”, U.C.M., Madrid 2012
246. Martínez García, Elena en “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
247. Martínez García, Elena en “Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la*

- Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
248. Martínez Pardo, Vicente José en “La ejecución de las penas en los delitos de violencia de género” en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
249. Mendoza Calderón, Silvia en “El delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código penal” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
250. Mendoza Calderón, Silvia en “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del código penal” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
251. Millán Susinos, Raquel en “Intervención social con mujeres que viven una relación de violencia de su pareja”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
252. Mir Puig, Santiago en “Derecho Penal Parte General” 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona 2011
253. Molina Blázquez, Concepción, Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz de León, Carmen en “El tratamiento penal de la violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010

254. Molina, María Concepción en V.V.A.A. "Género y psicología" en *Protección penal de la Mujer frente a la Violencia Doméstica*, Edits. Ana García-Mina y María José Carrasco Galán, Universidad Pontificia de Comillas, Alcobendas 2003
255. Monge Fernández, Antonia en "La violencia de género como delito habitual (impropio)" en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
256. Montalbán Huertas, Inmaculada en "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
257. Montalbán Huertas, Inmaculada en "Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico" en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
258. Montesinos García, Ana en "La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECRIM." en V.V.A.A. *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Dir. Elena Martínez García, Coord. Juan Carlos Vegas Aguilar, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
259. Mora Chamorro, Héctor en "Manual de protección a las víctimas de violencia de género", Editorial Club Universitario, 2008

260. Moreno Benítez, Damián en “De violencia machista a terrorismo machista; el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa”, en *Discurso y Sociedad*, Volumen 4, 2010, disponible en Dialnet el 19-04-2013
261. Moreno Catena, Víctor en “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
262. Moreno Verdejo, Jaime en “El concepto de habitualidad en el delito del art. 153 del código penal: aspectos procesales y sustantivos”, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000
263. Morillas Cueva, Lorenzo en “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la ley integral” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
264. Morillas Cueva, Lorenzo; Jiménez Díaz, María José; Luna del Castillo, Juan de Dios; Miranda León, María Teresa; Morillas Fernández, David Lorenzo; y García Zafra, Inés en “Sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos”, Editorial Dykinson, Madrid 2006
265. Morillas Fernández, David Lorenzo en “Víctimas especialmente vulnerables y Ley orgánica 1/2004” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009

266. Múgica San Emeterio, Elisa en “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
267. Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial” 18^a edición Tirant Lo Blanch – Valencia, 2010
268. Muñoz Conde, Francisco en “Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
269. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes en “Derecho Penal Parte General”, Tirant Lo Blanch 8^a edición, Valencia 2010
270. Muñoz Rodríguez, Ana María en “Intervención policial en los casos de violencia de género”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
271. Muñoz Sánchez, Juan en “El delito de violencia doméstica habitual” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
272. Muñoz Tinoco, María en “Violencia de género: El ciclo de la violencia y las microviolencias”, disponible el 07-06-2013 en www.entretodas.net/2009/02/09/
273. Murillo, Soledad en “La aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género” en *II Congreso sobre*

- violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
274. Nieto Martínez, Isabel en “Los daños físicos y psíquicos en las víctimas de violencia y maltrato”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
275. Nieto Martínez, Isabel y Mingote Adán, Juan Carlos en “Tratamiento individual para víctimas de violencia”, en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
276. Noalmaltrato.com en “Ciclos de la Violencia de Género”, disponible el 07-06-2013 en www.noalmaltrato.com
277. Núñez Castaño, Elena en “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal; el maltrato habitual” en V.V.A.A. *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
278. Núñez Fernández, José en V.V.A.A. “Curso de Derecho Penal Parte General”, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2011
279. Núñez Fernández, José y Requejo Naveros, María Teresa en “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006
280. Obregón García, Antonio y Gómez Lanz, Javier en “Derecho Penal. Parte general; Elementos básicos de teoría del delito”, Editorial Tecnos, Madrid 2012

281. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio en “Sobre el Concepto de Derecho Penal”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1981
282. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana en “Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito” 2ª edición, Editor Rafael castellanos, Madrid 1986
283. Olaizola Nogales, Inés en “Algunas cuestiones sobre el delito de malos tratos”, en V.V.A.A. *estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Coord. Juan I. Echano Basaldúa, Editorial Deusto, Bilbao 2002
284. Olaizola Nogales, Inés en “Violencia de Género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” en *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXX, 2010
285. Olmedo Cardenete, Miguel en “Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género” en V.V.A.A., *La ley integral. un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
286. Oquendo, Ángel R. en Intimo y personal; una perspectiva sobre la violencia” en *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Argentina 2004
287. Orejón Sánchez de las Heras, Néstor en “Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem”, Civitas, Madrid 2007
288. Otero González, Pilar en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011

289. Otero, Ivana Beatriz en “Mujeres y violencia. El género como herramienta para la intervención”, en *Política y Cultura* nº 32, 2009
290. Otín del Castillo, José María en “Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación policial”, Editorial Lex nova, Valladolid 2009
291. Oubiña Barbolla, Sabela en “La orden europea de Protección: realidad o ilusión” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
292. Paloma Montaña, Lidia María en “Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
293. Paz Rodríguez, Juan Ignacio en “La violencia basada en el género, orígenes, mecanismos y consecuencias” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007
294. Predreira González, Félix María en Prólogo a Pineda-Guillermo, Azucena en “Violencia intrafamiliar. El tipo penal”, Poder Judicial del estado de Guerrero, 2012
295. Peñasco, Rosa en “Delimitación del concepto jurídico de familia”, Boletín de la Facultad de derecho nº 3, 1993
296. Peramato Martín, Teresa en “La violencia de género e intrafamiliar en el derecho Penal Español” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica*

- y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
297. Peramato Martín, Teresa en “Análisis de la L.O. 1/2004 de protección integral contra la violencia de género: cuestiones penales” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
298. Peramato Martín, Teresa en “Medidas cautelares y penas en el ámbito de la violencia de género” en V.V.A.A. *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial I*, Dirs. Susana Polo García y Teresa Peramato Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007
299. Pereda Gámez, Francisco Javier en “Las cargas familiares: el régimen económico de las familias en crisis”, Editorial La Ley, Madrid 2007
300. Pereda Larrosa, Marta en “Violencia de Género: violencia psicológica”, en *Foro: Revista de Ciencias Políticas y Sociales n° 11 y 12*, 2010
301. Pérez Cebadera, María Ángeles en “Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género” en V.V.A.A. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. Juan Luis Gómez Colomer, Colecció Estudis Jurídics n° 13, Castellón de la Plana 2007
302. Pérez del Campo Noriega, Ana María en “Medidas integrales contra la violencia de género (Ley orgánica 1/2004, 28-12)” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005
303. Pérez Ferrer, Fátima en “Repercusiones de la reforma de la LO 1/2004 en los delitos de lesiones, amenazas y coacciones” en V.V.A.A., *La ley integral*.

- un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
304. Pérez Martín, Ana y Amado Pallarés, Lorena en “Una aproximación a la violencia en el noviazgo” en V.V.A.A. *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Dir. Javier García González, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012
305. Pineda-Guillermo, Azucena en “Violencia intrafamiliar. El tipo penal”, Poder Judicial del estado de Guerrero, 2012
306. Piñeiro Zabala, Igor en “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECRIM”, Revista Jurídica de Castilla y León nº 24, Mayo 2011
307. Planchadell Gargallo, Andrea en “La competencia del juez de Violencia sobre la Mujer” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
308. Prats Ganut, Josep Miquel en V.V.A.A. “Comentarios al nuevo Código Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, Coord. Fermín Morales Prats, 4ª Edición Thompson Aranzadi, 2005
309. Pueyo, Andrés; López, S.; y Álvarez, E. en “Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA”, en *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29(1), Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV). Facultad de Psicología–Universidad de Barcelona
310. Queralt Jimenez, Joan Josep en “La respuesta penal de la Ley orgánica 1/2004 a la violencia de género” en V.V.A.A. *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII 2005

311. Queralt Jiménez, Joan Josep en “Derecho Penal Español Parte Especial”
6ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2010
312. Quintero Olivares, Gonzalo en “La tutela penal: entre la dualidad de
bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer”,
Estudios Penales y Criminológicos vol. XXIX, Noviembre 2009
313. Quintero Olivares, Gonzalo en “Sobre la mediación y la conciliación en
el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro”, en V.V.A.A.
Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación, Dir. Raquel Castillejo
Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley,
Madrid 2011
314. Quintero Olivares, Gonzalo, en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial
del Derecho Penal”, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi
Thomson Reuters, Pamplona 2011
315. Ramos Vázquez, José Antonio en “Sobre el consentimiento de la mujer
maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, Anuario da
Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC) nº 10, 2006,
disponible en internet el día 18-07-2013
316. Requejo Naveros, María Teresa en “La violencia de género en el Código
Penal: constatación de una regulación polémica” en V.V.A.A. *Discriminación
por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del estado Social*, Dir. María
Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2010
317. Requejo Naveros, Marisa Teresa en “La violencia sobre hombres y en
parejas homosexuales en el Código Penal: su diferencia de trato con la
violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia y familia: educar para la paz*, Dir.

- María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2013
318. Rey Martínez, Fernando en “Protección penal desigual y violencia de género” en V.V.A.A. *Cuestiones Actuales de la protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*, Dirs. Susana Huerta Tocildo y Mercedes Pérez Manzano, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012
319. Reyes López, Javier Ignacio en “Constitucionalidad de la Ley de Igualdad” en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010
320. Ridaura Martínez, María Josefa en “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género” en V.V.A.A. *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Coords. Javier Boix Reig y Elena Martínez García, Iustel, Madrid 2005
321. Ríos Martín, Julián Carlos en V.V.A.A. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal: análisis de una experiencia (2005–2008)”, disponible en www.poderjudicial.es el 24 de julio de 2013
322. Ríos, Julián y Olavaría, Teresa en “Conclusiones del Curso en Materia de Mediación Penal”, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, Octubre de 2007
323. Rivas Vallejos, Pilar; Barrios Baudor, Guillermo L. y otros en “Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense”, Thomson Aranzadi, Navarra 2007
324. Roche Olivar, Roberto en “Psicología de la pareja y de la familia: análisis y optimización”, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 2006

325. Rodríguez Manzanera, Luis en "Victimología", Imprenta Aldina, 1990
326. Rodríguez Martínez, Dolores en "El derecho a la asistencia social integral y la intervención de las Comunidades Autónomas. Recursos a favor de las víctimas" en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
327. Rodríguez Ramos, Luis; Martínez Guerra, Amparo; Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel; Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín; y Colina Oquendo, Pedro en "Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales Especiales y complementarias", Dir. Luis Rodríguez Ramos, Coord. Amparo Martínez Guerra, La Ley 4ª Edición, 2001
328. Romero Mendoza, Martha y Aguilera Guzmán, Rosa María en "¿Por qué delinquen las mujeres? Perspectivas teóricas tradicionales. Parte I" en *Salud Mental Volumen 25 nº 5*, octubre de 2002, disponible en internet el 25-05-2013
329. Romero Mendoza, Martha y Aguilera Guzmán, Rosa María en "¿Por qué delinquen las mujeres? Parte II. Vertientes analíticas desde una perspectiva de género", en *Salud Mental Volumen 26 nº 1*, 2003
330. Romito, Patrizia en "Un silencio ensordecedor: la violencia oculta contra mujeres y niños", Ediciones de Intervención Cultural S.L., España 2007
331. Roxin, Claus en "Derecho Penal Parte General Tomo I" traducido por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª edición alemana, Editorial Civitas 1997
332. Royo García, A. Barbara en "Victimología y violencia de género" en V.V.A.A. *Manual de Lucha contra la Violencia de Género*, Dir. A. Nicolás Marchal Escalona, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2010

333. Rubio, Ana en “La capacidad transformadora del derecho en la violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
334. Rueda Martín, María Ángeles en “Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género”, Editorial Dykinson, Madrid 2007
335. Rueda Martín, María Ángeles en “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género” en V.V.A.A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Coords. Miguel Ángel Boldova Pasamar y María Ángeles Rueda Martín, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2006
336. Ruiz Pérez, Isabel en “Violencia contra la Mujer y Salud. Programa de Formación de Formadores/as en Perspectiva de Género en Salud”, Escuela Andaluza de Salud Pública, Ministerio de Salud
337. San Martín Blanco, Carlos en “Violencia de género. Aproximación psicológica a las víctimas y agresores” en V.V.A.A. *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Coords. Inés Celia Iglesias Canle y María Lameiras Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
338. Sánchez Tomás, José Miguel en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)” Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia, 2011
339. Sande Mayo, María Jesús en “La imposición ‘en todo caso’ de la prohibición de aproximación” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011

340. Sanz Morán, Ángel José en V.V.A.A. "Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género" en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género; aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. Montserrat de Hoyos Sancho, Editorial Lex Nova, Valladolid 2009
341. Sanz Mulas, Nieves en V.V.A.A. "Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)" Iustel, 2005 Madrid
342. Sanz Rodríguez, Eva en "Intervención en crisis con mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja", en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010
343. Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso en "Derecho Penal Parte Especial" 15ª edición, Dykinson, Madrid 2010
344. Serrano Hoyo, Gregorio en "Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género", Anuario de la Facultad de Derecho, Volumen XXVIII, 2010
345. Serrano Tárraga, María Dolores en "Malos tratos en el ámbito familiar sobre menores" en V.A.A.A. *La respuesta del derecho Penal ante los nuevos retos*, Dir. Antonio Cuerda Riezu, Coords. Rafael Alcacer Guirao, Beatriz García Sánchez, Victoria García del Blanco, Julia Ropero Carrasco y Marina Sanz-Díez de Ulzurum Lluch, Editorial Dykinson, Madrid 2005, pág. 524.
346. Sierra López, María del Valle en "La expresión 'persona especialmente vulnerable' en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada (artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código Penal)" en V.V.A.A. *Estudios sobre la*

- tutela penal de la violencia de género*, Dir. Elena Núñez Castaño, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010
347. Silva Rodríguez, Arturo en “Criminología y conducta antisocial”, Editorial Pax, 1ª reimpresión 2004
348. Soria Verde, Miguel Ángel y Hernández Sánchez, José Antonio en “El agresor sexual y la víctima”, Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona 1994
349. Soriano Díez, Andrés en “Educación y violencia familiar”, Editorial Dykinson, Madrid 2002
350. Stangeland, Per en “Malos tratos y homicidios en la pareja”, Revista de Derecho Penal y Criminología nº 15, 2005
351. Subijana Zunzunegui, Ignacio José en “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 12-05, 2010
352. Tamarit Sumalla, Josep María en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal“, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011
353. Tena Franco, Isabel en “Una mañana en el diario de un Juez de Violencia sobre la Mujer...” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
354. Tocavén, Roberto en “Elementos de criminología Infanto-juvenil”, Editorial Edicol, 1979, pág. 96
355. Torrente Robles, Diego en “La sociedad policial; poder, trabajo y cultura en una organización local de policía”, Centro de Investigación Sociológicas y Universidad de Barcelona, Madrid 1997

356. Torres Díaz, María Concepción en “Las Otras. Género, sujetos e igualdad en la ley integral”, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante 2009
357. Torres Rosell, Nuria en “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
358. Torres Rosell, Nuria en V.V.A.A. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2011
359. Trias Capella, María Eulalia; Martín-Fumadó, Carles; Taranilla Castro, Ana M.; Trias Capellab, Ramón; Bernal Martí, Xavier; y Rebollo-Soria, M. Carmen en “Estudio descriptivo de la violencia de género: análisis de 404 casos” en la *Revista Española de Medicina legal*, 2012, disponible en internet el 10-06-2013
360. Utrilla Hernán, Resurrección en “La importancia del derecho a la información de las víctimas de violencia de género en la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Puntos de Coordinación. El Registro Central” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006
361. Valdivia Sánchez, Carmen en “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, La Revue du redif, Vol. 1, 2008, disponible en Dialnet el 7-05-2013
362. Varela, Nuria en “Medios de comunicación y violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006

363. Varona Martínez, Gema en “La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica” en *Estudios de derecho penal*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 1998
364. Vázquez Mezquita, Blanca en “Apoyo a las Víctimas. Necesidad de Equipos de Apoyo y Asesoramiento dentro de la Administración de Justicia” en V.V.A.A. *Persona, Sociedad y Ley*, Cursos del Centro de Estudios Judiciales nº 10, Ludeck S.L., Alcalá de Henares 1992, pág. 161.
365. Vázquez Salgado, Juan Cástor en “Protocolos de actuación policial ante la violencia de género” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
366. Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando en “El régimen jurídico-penal de la violencia de género: algunas consideraciones críticas” en V.V.A.A. *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial La Ley, Madrid 2011
367. Veloso Valenzuela, Paula en La violencia doméstica contra la mujer y la débil reacción del derecho” en *Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Argentina 2004
368. Verdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos; y Serrano Piedecabras, José Ramón en “Lecciones de derecho Penal Parte general”, 2ª edición, Editorial La Ley, 1999
369. Vicente Cuesta, Miguel Ángel en “Sociología de la Desviación. Una aproximación a sus fundamentos”, Editorial Club Universitario, Alicante 2011
370. Vidal Hermosilla, Gladys en “La rueda del poder y control” en *Violencia intrafamiliar*, disponible el 06-06-2013 en www.emagister.com

371. Villacampa Estiarte, Carolina en “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Diciembre 2007
372. Villagrasa Alcaide, Carlos en “La discriminación por orientación sexual” en V.V.A.A. *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del estado Social*, Dir. María Crespo Garrido y María Fernanda Moretón Sanz, Editorial Colex, Madrid 2010
373. Villalba Pérez, Francisca en “La Administración Pública ante la violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2009
374. Viñuelas Limárquez, María en “La víctima. Estatuto y mecanismos de protección” en XXXII *Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo Código Penal celebradas el 17 y 18 de Noviembre de 2010*, Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2011
375. Whaley Sánchez, Jesús Alfredo en “Violencia intrafamiliar. Causas biológicas, psicológicas, comunicacionales e interaccionales”, Plaza y Valdés Editores, primera reimpresión 2003
376. Winik, Bruce J. en “Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas” en *Estudios de Criminología III*, Coords. Cristina Rechea Alberola, Raquel Bartolomé Gutiérrez y María José Benítez Jiménez, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca 2009
377. Zarate, Belén en “Violencia intrafamiliar sobre personas mayores” en V.V.A.A. *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Dir. José Ramón Agustina, Coord. Mateo G. Bermejo, Editorial B de F, Argentina 2010

- 378.** Zúñiga Aguilar, Jorge Alberto en "Transdisciplina y violencia familiar"
en *Revista Criminológica y Sociedad*, Revista n° 2, Septiembre 2012

BIBLIOGRAFIA MÁS IMPORTANTE

- 1- Acale Sánchez, María en “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, Revista Electrónica de derecho de la Universidad de La Rioja nº 7, Diciembre 2009
- 2- Armendáriz León, Carmen en V.V.A.A. “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en *La Aplicación de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Coord. María del Carmen Molina Blázquez, Editorial Bosch, Barcelona 2005
- 3- Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en “Violencia de género *versus* violencia doméstica: Consecuencias jurídico penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género”, Grupo Difusión, Madrid 2006
- 4- Armendáriz León, Carmen y Mirat Hernández, Pilar en V.V.A.A. “La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)” en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters 2011
- 5- Comas D’Argemir Cendra, Monserrat en “La aplicación de la Ley orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género” en *II Congreso sobre violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la Violencia de Género, Granada 2006

- 6- Gorjón Barranco, María Concepción en “La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género” Salamanca, 2010, disponible en Dialnet el 15-04-2013
- 7- Hikal, Wael en “Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo”, Flores Editor y Distribuidor, México 2005
- 8- Huerta Tocildo, Susana en V.V.A.A. “Los límites del Derecho Penal en la Prevención de la Violencia Doméstica”, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Coords. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli, Tirant lo Blanch, Valencia 2004
- 9- Larrauri Pijoan, Elena en “Igualdad y violencia de género”, INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2009
- 10- Lorenzo Capello, Patricia en “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración política-criminal” en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005
- 11- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “Violencia de género: Discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer” en V.V.A.A. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Editorial Colex, Madrid 2006
- 12- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Dir. Raquel Castillejo Manzanares, Coord. María Ángeles Catalina Benavente, Editorial la Ley, Madrid 2011

- 13- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)" Dir. F. Javier Álvarez García, Coords. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel 2ª edición Tirant Lo Blanch – Valencia 2011
- 14- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en V.V.A.A. *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editor Antonio García-Pablos de Molina, Coords. María Nieves Martínez Francisco y Claudia Miranda de Avena, *en Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2009
- 15- Molina Blázquez, Concepción, Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz de León, Carmen en "El tratamiento penal de la violencia de género", en V.V.A.A. *La violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención*, Coord. Ana García-Mina Freire, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2010